

Conjeturas en torno a la nueva política global europea en materia de inversión internacional tras el Reglamento núm. 912/2014

JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS

Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad Complutense de Madrid



Antes del Tratado de Lisboa, la inversión era un ámbito en el que la UE compartía la competencia con los Estados miembros. La comunitarización de este sector se ha desarrollado de forma gradual y con el genérico argumento de dotar de un mayor atractivo a la UE para nuevas inversiones de terceros países con la estandarización del sistema de protección de inversiones en todo el territorio de la Unión en detrimento de las tradicionales competencias de los Estados miembros. La Comisión ha procedido a perfilar aspectos concretos de la nueva política de inversiones de la UE concretada en varias iniciativas: en primer lugar, el Regl. 1219/2012, que regula la compatibilidad de los actualmente en vigor Acuerdos de Inversión de los Estados Miembros con el Derecho de la Unión; en segundo lugar, por medio de una extensión material en los recientes Acuerdos de Libre Comercio que afectan señaladamente al capítulo de protección de inversiones; por último, a través de un instrumento que determina quién será el demandado —el Estado Miembro o la Unión Europea— y quién el responsable financiero en los contenciosos en materia de inversiones. Este instrumento se ha concretado en el Regl. núm. 912/2014 objeto esencial de este comentario.

PALABRAS CLAVE: inversiones internacionales directas - competencias de la Unión Europea - acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones - resolución de litigios entre inversores y Estados - responsabilidad financiera.

Before the Treaty of Lisbon entered into force, investment was an area of shared competences between the EU and the Member States. The communitarization of this area has developed gradually and with the generic aim of rendering the new investments in the EU to third countries more attractive by means of standardizing the investment protection throughout the territory of the Union, at the expense of the traditional powers of the Member States. The Commission has proceeded to outline the specific aspects of the new policy of EU investment through several initiatives: first, the approval of Regulation 1219/2012, which regulates the compatibility of the investment agreements currently in force in the Member States with EU law; secondly, by means of the enlargement of the substantial scope of the recent Free Trade Agreements affecting notably the chapter on investment protection; and finally, through an instrument that determines who is the defendant —the Member State or the European Union— and who is responsible for the financial litigation regarding investments. This instrument has been specified in Regulation 912/2014, which is the essential subject of this review.

KEYWORDS: foreign direct investment - competence of the European Union - bilateral investment treaties - investor-to-state dispute settlement - financial responsibility.

SUMARIO

- | | |
|--|--|
| <ul style="list-style-type: none"> I. INTRODUCCIÓN II. NUEVAS COMPETENCIAS EN MATERIA DE INVERSIÓN III. HACIA UN NUEVO MODELO DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES EN LA UE | <ul style="list-style-type: none"> IV. REGLAMENTO (UE) NÚM. 912/2014 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 23 DE JULIO DE 2014 V. ESQUEMA PROCEDIMENTAL DEL REGLAMENTO NÚM. 912/2014 VI. BIBLIOGRAFÍA |
|--|--|

I. INTRODUCCIÓN

1. La avidez de la Comisión por la ampliación de sus competencias, que en el arbitraje comercial ha quedado limitada por el momento (1), tiene en su punto de mira desde hace años el arbitraje de inversiones, volviendo a provocar de nuevo el enfrentamiento entre los medios arbitrales, que llevan varios años con las alarmas encendidas (2), y los eurócratas pertinaces, con las consiguientes repercusiones en el plano académico, esta vez en torno al alcance de los nuevos poderes de la Unión Europea (UE) en materia de inversión (3). Ciertamente la UE, en plena etapa de competición con las otras grandes potencias económicas de significativa entidad en los asuntos económicos mundiales, ha dado un paso importante, aunque sin duda será objeto de una polémica estridente (4), hacia la creación de una política global de inversiones de la UE, con la publicación, el 28 de agosto, de un Reglamento que establece un nuevo conjunto normativo para gestionar los conflictos derivados de los movimientos inversores con sus socios comerciales (5). Dicha normativa se ha elaborado como un complemento necesario de la nueva política común de inversión de la UE, que encuentra cierta discrepancia institucional (6), habida cuenta que hasta ahora la Unión y los Estados miembros habían actuado por separado en orden a suministrar a los inversores la necesaria seguridad jurídica y la construcción de un entorno adecuado para llevar a cabo las operaciones inversoras.

2. Antes del Tratado de Lisboa, la inversión era un ámbito en el que la UE compartía la competencia con los Estados miembros y aunque es cierto que la Unión desempeñó un papel destacado en el marco de la liberalización de la inversión, estableciendo las condiciones para el acceso de inversores comunitarios a los mercados exteriores, tanto en el marco del Acuerdo General de Comercio de Servicios como, con carácter bilateral, en varios Acuerdos de Libre Comercio, los Estados miembros se reservaban la competencia para promover y proteger las inversiones. Ante el silencio observado por los Tratados sobre los aspectos concretos de una política de inversiones que la UE precisaba, la Comisión procedió a perfilar el futuro de la misma a partir de su comunicación «Hacia una política global europea en materia de inversión internacional» (7), concretándose en varios instrumentos o iniciativas: en primer lugar, el Regl. núm. 1219/2012, que regula la compatibilidad de los actualmente en vigor Acuerdos de Inversión de los Estados Miembros con el Derecho de la Unión; en segundo lugar, por medio de una extensión material en los recientes Acuerdos de Libre Comercio que afecta señaladamente al capítulo de protección de inversiones; por último, a través de un instrumento que determine quién será el demandado —el Estado Miembro o la UE— y quién el responsable financiero en los contenciosos es materia de inversiones. Este instrumento se ha concretado en el

ya referido Regl. núm. 912/2014 objeto esencial de este comentario (IV). Mediante este conjunto de actuaciones de la Comisión, que se aceleran porque los movimientos inversores se aceleran también, se pueden vislumbrar las acciones futuras tendentes a la implementación de la competencia de la Unión Europea sobre las inversiones extranjeras directas (IED) (8), no obstante, la práctica será la que determine de forma definitiva la articulación y los cauces por los que aquélla habrá de discurrir.

La comunitarización de este sector, en función del marco competencial trazado por el Tratado Lisboa (II), se ha desarrollado de forma gradual (III) y con el genérico argumento de dotar de un mayor atractivo a la UE para nuevas inversiones de terceros países al estandarizar la protección de inversiones en todo el territorio de la Unión en detrimento de las tradicionales competencias de los Estados miembros.

II. NUEVAS COMPETENCIAS EN MATERIA DE INVERSIÓN

1. Repercusión del Tratado de Lisboa

3. La política comercial común estipula la base jurídica que permite a la UE ocupar un lugar destacado en sus relaciones económicas mundiales (9) y, en este contexto, las medidas en torno a las inversiones, sean directas (IED) o sean en cartera (flujos internacionales de capital que no implican un control de la empresa en la que se ha invertido), se adoptan con respaldo en argumentos esencialmente comerciales atendiendo a los beneficios que se esperan obtener con inversiones. Como es obvio dichas medidas están muy influenciadas por el entorno económico, político y jurídico donde se desarrollan. En virtud del Tratado de Lisboa, la inversión se convirtió en parte de la política comercial común de la UE, esto es, en una competencia exclusiva de la Unión. Como consecuencia de ello, la Comisión ahora también negocia el componente de inversión de los acuerdos comerciales en nombre de la UE (10).

La posibilidad de la solución de controversias entre un inversionista y un Estado es el mecanismo de aplicación utilizado normalmente en los acuerdos que contengan protección de la inversión. Actualmente de los más de 3.000 acuerdos bilaterales de inversión vigentes a nivel mundial unos 1.400 han sido suscritos por Estados miembros de la UE. La gran mayoría de ellos incluyen mecanismos de solución de controversias inversionista-Estado (ISDS), de empleo esencial para los que invierten en terceros países; téngase en cuenta que los inversores de la UE son los usuarios más frecuentes de los ISDS en todo el mundo (11).

Con el Tratado de Lisboa una vez más se ha ejercitado esta facultad y, en lo que respecta a la acción exterior



OPINIÓN

Dentro de una política global de que la UE lleva a cabo de manera progresiva en el desarrollo de su política de inversión, el objetivo esencial del Regl. núm. 912/2014 reside en que la responsabilidad financiera derivada de los casos de resolución de controversias entre inversores y Estados debe recaer en quien ha dispensado el trato objeto de la controversia: si el trato en cuestión ha sido realizado por las instituciones de la Unión, la responsabilidad financiera debe recaer en ellas; sin embargo, si el trato en cuestión corresponde a un Estado miembro de la UE, la responsabilidad financiera debe recaer en este último y la UE únicamente será responsable financieramente si las medidas adoptadas por el Estado miembro son requeridas por la legislación de la Unión. La responsabilidad financiera de la UE resultante de arbitraje inversionista-Estado es un tema políticamente sensible que está en la esencia misma de una política de inversión internacional europea emergente. Los interrogantes se sitúan en el ámbito de protección que puede asegurarse a los inversores extranjeros en los futuros tratados de inversión, tras la asunción por la UE de competencias en la materia y sobre todo en el alcance de las facultades de los tribunales arbitrales que hasta la fecha han actuado en este sector y el ámbito competencial que corresponde al TJUE. En este marco el referido Reglamento sin duda acarreará contradicciones sustanciales tanto respecto al modelo vigente hasta la fecha como en relación con actuales y futuros acuerdos de inversión de la UE, y afectará al equilibrio de los intereses públicos y privados dignos de protección por la normativa de la UE. Un equilibrio que se ha roto al afectar dichos acuerdos el margen de actuación de la Unión.

propia de su actividad, se han introducido varios cambios en la política comercial común, siendo uno de los más notables la inclusión en la misma de las inversiones extranjeras directas. Con ello la situación ha cambiado, mientras que anteriormente eran los Estados miembros los que, a través de su propia normativa interna como internacional, articulaban sus políticas de inversiones, con la entrada en vigor de Lisboa dicha política se encuentra bajo la exclusiva competencia de la UE. Este significativo cambio, que ya se venía gestando desde antiguo, responde a poderosas razones económico-estratégicas, que buscan a través de la creación de una política común de inversiones hacer de la Unión un ente económico que se encuentre a la altura de las circunstancias actuales de los mercados internacionales. A partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, las IED figuran en la lista de materias que forman parte de la política comercial común que, de conformidad con el art. 3.1 e) TFUE, es competencia exclusiva de la Unión, extendiéndose a los acuerdos internacionales que contengan disposiciones sobre IED (12).

4. Los cambios en la distribución de competencias en el seno de la Unión han sido considerables desde el referido Tratado, sobre todo en lo que atañe a los aspectos relacionados con el comercio, las inversiones y el desarrollo, lo que obliga a una estrecha labor de integración, coordinación y de armonización mutua, para asegurar una mayor coordinación (13).

A partir de este instrumento se concibió una estrategia tendente a «garantizar a los inversores la posibilidad de operar en un entorno empresarial abierto y regulado adecuada y justamente, tanto en el ámbito nacional del país receptor como fuera de sus fronteras» (14). Evidentemente la política de la UE en materia de inversión no

puede ser contradictoria con la política económica y demás políticas de la Unión, señaladamente la del medio ambiente, al tiempo que debería propiciar un espacio abierto a las inversiones (15), viniendo las IED determinadas por las consideraciones de mercado. Si se quiere que los inversores se benefician de ellas, es esencial contar con un entorno abierto para la inversión con flexibilidad operativa y una progresiva eliminación de las restricciones a la inversión, todo ello con el respaldo de una protección suficiente. Ello debería incluir disposiciones sobre trato nacional, trato justo y equitativo y libre transferencia de fondos.

Resultaba básico clarificar esta cuestión que no era en modo alguno pacífica pues, en caso de considerarse que las inversiones realizadas dentro de la UE no podían ser calificadas como extranjeras, por realizarse en el seno del mercado interior en el que operan las libertades fundamentales inherentes al mismo, la competencia exclusiva comunitaria tampoco podría extenderse a las mismas (16).

5. El ya referido documento «Hacia una política global europea en materia de inversión internacional» (17) acogió favorablemente la atribución a la UE de nuevas competencias en materia de IED apuntándose y las oportunidades que este paso brindará al reforzar y hacer más coherente la protección de las inversiones entre los Estados miembros y terceros países. Según este informe disponer de un marco general era deseable pues con ello se garantizaría la seguridad de los inversores, tanto en interés de las empresas de la UE como de los países en desarrollo. Mas dicha acogida ha suscitado innumerables interrogantes que los arts. 206 («la Unión contribuirá, en el interés común, al desarrollo armonioso del comercio

mundial, a la supresión progresiva de las restricciones a los intercambios internacionales y a las inversiones extranjeras directas, así como a la reducción de las barreras arancelarias y de otro tipo») (18) y 207 («La política comercial común se basará en principios uniformes, en particular por lo que se refiere a (...) las inversiones extranjeras directas...») TFUE dejaron en el aire (19). Debe dejarse constancia que estos preceptos contemplaron por vez primera las IED en la política comercial común y que las disposiciones sustantivas en materia de inversión insertas en acuerdos comerciales generales inciden con una especial intensidad en el comercio y en los flujos de IED. La atribución de poderes a la UE sobre las IED, ha de entenderse en el ámbito de la acción exterior de la UE, y por tanto, su proyección se realizará *ad extra* de la Unión europea, y no *ad intra*. Como regla general dicha competencia exclusiva no tendrá reflejo interno, ya el propio art. 207 TFUE excluye esta posibilidad en su ap. 6, cuando dice que «El ejercicio de las competencias atribuidas por el presente artículo en el ámbito de la política comercial común no afectará a la delimitación de las competencias entre la Unión y los Estados miembros (...)». Ello que significa que se excluye el «efecto AETR inverso», es decir, que una competencia externa expresa, no conlleva una competencia interna implícita (20).

★ **Algunos asuntos recientes puestos
en marcha por los inversores contra
los Estados han dado lugar a una gran
preocupación pública**

La atribución a la UE de las nuevas competencias en materia IED se perfiló como generadora de verdaderas oportunidades para aumentar y hacer más coherente la protección de las inversiones entre Estados miembros y terceros países, al tiempo que fomentaba un tipo de movimientos de capital a largo plazo en los países en desarrollo que aportarían beneficios económicos en sectores como el de las labores de alta tecnología, el de las mejoras de las infraestructuras y el de transferencia de conocimientos. Por esa razón desde diversos medios se consideró que la atribución de la competencia exclusiva en el ámbito de las inversiones, era un instrumento esencial para reforzar el papel de la UE (21).

2. Fin del unilateralismo y objetivos de la estrategia de la UE

6. Desde la perspectiva de la inversión se ha apreciado que la tradicional reglamentación unilateral practicada individualmente por cada Estado miembro con los Estados receptores de la inversión a través de los Acuerdos bilaterales de promoción y protección recíproca de

las inversiones (APPRI) daba lugar a una serie de distorsiones que una política común en materia de inversión internacional podría solventar en distintos sentidos:

i) Siendo una estrategia global de la UE impulsar la IED en todas partes del mundo, se pondría fin a la existencia de situaciones desiguales de competencia entre los inversores pertenecientes a la UE, habida cuenta de que las condiciones jurídicas, políticas y económicas de los países receptores de la inversión no son homogéneas. No en vano, los movimientos inversores procedentes de la UE constituyen un estímulo a la competitividad de las empresas europeas, en particular mediante el aumento de la productividad. A partir de aquí se configuró como objetivo esencial de la UE procurar que sus inversores en el extranjero se beneficiase de unas condiciones uniformes y adecuadas para la inversión, mediante la supresión progresiva de las restricciones impuestas por los países receptores. Y, en este empeño, dicho objetivo debería inspirarse en los mejores estándares posibles cuya puesta en práctica permitiría alcanzar unas condiciones de igualdad y de alta calidad para todos los inversores de la UE.

ii) Sustentada preferentemente la política inversora en manifestaciones comerciales (22), la existencia de los APPRI dificultaba una política global en la negociación comercial de la UE (23), a lo que se unía el hecho de que el tratamiento de las inversiones se contempla en los Acuerdos de Libre Comercio de nueva generación. Ello repercutía en materias tan sensibles como en los incentivos fiscales y en la asistencia técnica; téngase en cuenta que en el propio Tratado de Lisboa se insta a la Unión a contribuir a la supresión progresiva de las restricciones a las inversiones extranjeras directas lo cual está vinculado al hecho de que, al ser la UE sea la primera receptora mundial de las IED, ésta debe jugar un papel activo por atraer tales capitales. Una política global común en materia de inversión internacional precisa una regulación que atienda a los intereses inversores en todo el proceso desde la planificación de la inversión, para constituir relaciones duraderas y directas con la empresa a la que se destinan los fondos, hasta el momento de la obtención de beneficios. Hasta la fecha, la UE y los Estados miembros habían actuado por separado, pues mientras estos últimos promovían todas las formas de inversión, la Comisión elaboraba programas de liberalización promocionando el acceso a los mercados de las inversiones directas. Para evitar estos riesgos, era ineludible la coherencia entre los diferentes compromisos y prácticas de los Estados miembros y la coordinación a nivel de la UE era altamente deseable, garantizando que ningún inversor de la UE recibiese un trato peor que el dispensado en el marco de un APPRI celebrado por los Estados miembros.

iii) Recíprocamente semejante diversidad era susceptible de impedir el establecimiento de condiciones de competencia justas, uniformes y óptimas para la inversión pro-

cedente de terceros países con destino a la UE. Debía pues contemplarse la apertura a los inversores extranjeros y la garantía a estos últimos de que podrán operar en un entorno empresarial abierto y regulado adecuada y justamente, tanto en el ámbito nacional del país receptor como fuera de sus fronteras. Por esto los nuevos acuerdos a celebrar por la UE deberán incluir a los inversores extranjeros los mismos estándares de protección, y no más elevados, que los que suministrados los inversores europeos por el Derecho de la Unión o por los principios generales comunes a los sistemas jurídicos de los Estados miembros.

III. HACIA UN NUEVO MODELO DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES EN LA UE

1. Cobertura tradicional de los APPRI

7. Con carácter general, los inversores extranjeros están sometidos a las leyes de los países en que deciden operar, una vez que han establecido sus actividades allí. Salvo acuerdo en contrario, los tribunales locales son los competentes para decidir sobre diferencias en las que intervienga el trato dado a los inversores extranjeros. No obstante, además de esta jurisdicción interna normal, y para aportar una protección jurídica adicional a los inversores extranjeros, la mayoría de los países que son partes de los APPRI consienten que se incluya la posibilidad de que los inversores privados recurran a un arbitraje internacional en caso de diferencia con el Estado receptor. Arbitraje en el que se dirimirá la vulneración de los derechos reconocidos al inversor en propio APPRI. Puede afirmarse que la manifestación más visible de las políticas de inversión de los Estados miembros durante los últimos cincuenta años es el gran número de APPRI existente (24).

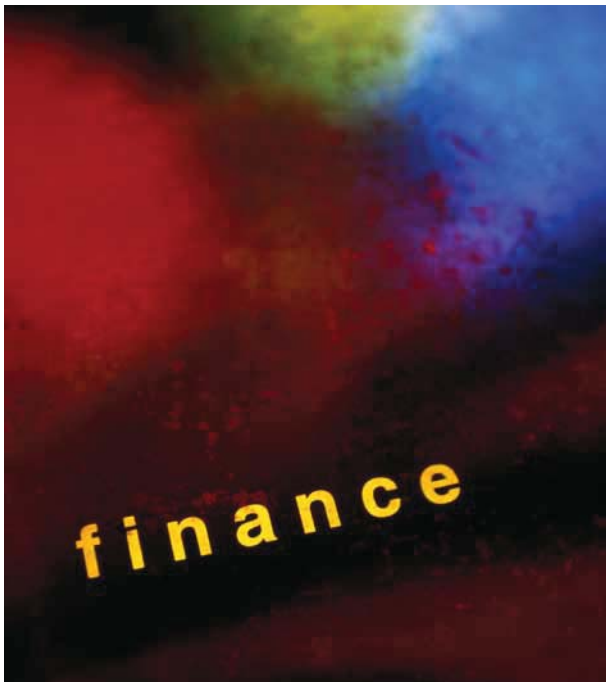
El Derecho internacional en materia de inversión evolucionó con el tiempo en respuesta a los dinámicos patrones comerciales y las mutantes realidades políticas, de suerte que a finales de la década de los setenta los EE. UU. comenzaron a promover la firma de estos acuerdos (25). La pauta a seguir desde ese momento serían los APPRI que originalmente se concibieron como instrumentos para proteger la propiedad privada de los inversionistas extranjeros en una coyuntura en la que el nacionalismo económico estaba en boga, y en la que las expropiaciones discriminatorias y las nacionalizaciones de destacados sectores productivos eran comunes en los países en desarrollo (26); no en vano muchos de los Estados recién independizados de sus colonias temían que un control extranjero sobre la explotación de sus recursos naturales y sobre la operación de industrias claves, les privara de beneficios económicos y de obtener la independencia económica y política.

A mediados de la década de los ochenta y principios de la siguiente se iniciaron amplias reformas económi-

cas y un proceso de liberalización del comercio exterior en muchos países receptores de inversión. Esto condujo también a una considerable liberalización del régimen de las inversiones en la mayoría de los países, la cual tenía como finalidad promover la inversión extranjera mediante el otorgamiento del trato nacional y la eliminación de la mayor parte de las restricciones a las remesas de capital y a las ganancias, así como la implementación del arbitraje internacional como medio de resolver las diferencias que pudieran surgir entre el Estado receptor y el inversionista extranjero. La negociación de los APPRI aumentó considerablemente el número de éstos, tanto que ya está cerca de alcanzarse la cifra de 3.500 en vigor suscritos por toda clase de Estados, tanto desarrollados como en desarrollo y tanto de ideología liberal como de distinta orientación ideológica. Hoy en día no hay prácticamente ningún Estado que trate de atraer inversión extranjera, y en especial la IED, que no sea parte en un instrumento de este tipo articulando un clima de seguridad en el inversor foráneo. Cuestión distinta es la de si los estereotipos en los que descansan este tipo de Acuerdos, considerados hasta la fecha como integrantes de una ley cósmica, deben ser sometidos a una revisión en profundidad (27).

8. Aunque el objetivo primordial sobre el que se asientan los APPRI es servir de incentivo a nuevas inversiones la gran mayoría de ellos no sólo amparan las inversiones futuras sino que alcanzan a las ya realizadas antes de su entrada en vigor. Para ello establecen un marco legal que facilite una empresa y asegure una pronta compensación en caso de expropiación por parte del país receptor de capital extranjero lo cual es una importante condición previa para los inversores de los países desarrollados a la hora de invertir. Y dentro de este marco de protección figuran los procedimientos de solución de controversias, aspecto que posee una relevancia especial pues si en el sistema incluido en gran parte de los APPRI se prevé que se pueda recurrir a tribunales competentes del país en el cual está asentada la inversión externa, también se permite entablar directamente un procedimiento arbitral. De manera gráfica puede afirmarse que estos Acuerdos conducen a un arbitraje sin convenio arbitral previo quedando el Estado sujeto a un sistema arbitral sin firmar cláusula arbitral con el inversionista que lo solicita, simplemente porque un tratado le permite esa posibilidad (28).

La consecuencia práctica del sistema de solución de controversias creado no es otra que, para la defensa de los intereses de los inversores externos en relación con actos de gobierno vinculados con las inversiones, éstos tienen libertad para acudir a instancias arbitrales y demandar directamente a un Estado por eventuales perjuicios. Y ello es una creación genuina de los APPRI, ya que anteriormente los inversores externos no tenían legitimidad para reclamar, y sólo lo podían hacer por



medio de vías diplomáticas y por las acciones que podrían implementar sus Estados de origen. Dando esto por sentado, la posibilidad de sometimiento a arbitraje, si se deriva una controversia producida por la inversión, abre una nueva realidad en las relaciones transfronterizas que empieza a ocupar una buena parte de la labor de las referidas instituciones arbitrales y que ofrece posibilidades ilimitadas junto al desarrollo del modelo tradicional del arbitraje comercial internacional.

Otra característica de los APPRI es que autorizan a los inversores privados a recurrir, contra el Estado receptor que infrinja el acuerdo, a un arbitraje internacional. Dicho arbitraje ofrece, entre otras posibles, distintas variantes. a) arbitraje ad hoc, con aplicación del Reglamento Uncitral (los denominados impropiaemente «arbitrajes Uncitral») (29); b) arbitraje ante el CIADI o; c) arbitraje administrado por entidades especializadas como la CCI, la *London Court of International Arbitration* o la Cámara de Comercio de Estocolmo (30).

La remisión de las controversias a este tipo de mecanismos supone una cierta ventaja para el Estado en litigio al permitirle «juridizarlo», evitando así la politización inherente a los procedimientos clásicos de la protección diplomática. Por ejemplo, el art. 27 del Convenio de Washington de 1965 establece con rotundidad que en caso de que el procedimiento se haya iniciado en el CIADI, los países involucrados deberán abstenerse de ejercer cualquier protección diplomática en favor de su inversionista.

9. El arbitraje de inversión pretende ser un mecanismo neutral que evite las reticencias tanto de los inversores

extranjeros como de los propios Estados receptores. En este sentido, el Tribunal arbitral del caso CIADI: *Gas Natural / Argentina* (jurisdicción) (2005), afirmó que «... la creación del CIADI y la adopción de tratados bilaterales de inversiones ofreció a los inversores garantías de que las controversias que pudieran derivarse de sus inversiones no estarían expuestas a lo que se consideraba como peligro de demoras y presiones políticas a que pudiera dar lugar su resolución en tribunales nacionales. En forma convergente, la posibilidad de recurrir a un arbitraje internacional se estableció para preservar al Estado receptor de la inversión de presiones políticas ejercidas por el Gobierno del Estado de la nacionalidad del inversor» (31).

A esa neutralidad se unen otras ventajas inherentes al arbitraje comercial como la rapidez y la especialización de los árbitros de los procedimientos en comparación con los que se desarrollan en los tribunales internos; sin embargo, la práctica arbitral ha demostrado que tales ventajas no son, en todos los casos, tan evidentes y, por tanto, la afirmación de las mismas debe realizarse con mucha prudencia, en especial cuando se habla de rapidez, economía y confidencialidad. Uno de los aspectos destacables del arbitraje transnacional en el ámbito de las inversiones extranjeras es su virtualidad para despolitizar las controversias. Se habla, incluso, del efecto de «despresurización política» que provoca el mecanismo arbitral inversor-Estado de derecho, al servir al objetivo de equilibrar relaciones interestatales desiguales en el plano político y económico internacional, y que suelen traducirse en presiones diplomáticas (32).

Debe reconocerse, sin embargo, que aunque el número de casos sometidos a arbitraje es pequeño, comparado con los cientos de miles de decisiones de inversión adoptadas diariamente que benefician tanto a los Estados como a los inversores, algunos asuntos recientes puestos en marcha por los inversores contra los Estados han dado lugar a una gran preocupación pública. Baste comprobar la conmoción producida en nuestro país por los recientes contenciosos interpuestos contra el Gobierno español al amparo del Tratado sobre la Carta de la Energía (33).

2. Ámbito de los APPRI en la UE

10. En la UE, con unos 1.400 acuerdos suscritos con alrededor de 150 Estados, que abarcan todo tipo de inversiones, los Estados miembros acaparan hoy en día prácticamente la mitad de los acuerdos de inversión vigentes en todo el mundo (34). Con su con curso los Estados miembros han mejorado significativamente las garantías sobre el trato dispensado por los terceros países a sus inversores, con sus secuelas protectoras contra el trato injusto o discriminatorio o la posibilidad firme de obtener en caso de expropiación una indemnización

rápida, adecuada y eficaz. El conjunto de dichas garantías protectoras de las inversiones configura un instrumento referencial cuya virtud es establecer la seguridad jurídica precisa para adoptar las decisiones necesarias en materia de inversiones. Hasta ahora se ha considerado que los APPRI proporcionaban estas garantías con su secuela de atracción de las inversiones, en particular en países no considerados seguros.

En este marco, los APPRI suscritos por los Estados miembros registraban una limitación estructural en el sentido que únicamente contemplaban el trato dispensado a los inversores tras su «entrada» o «admisión» (*post-entry* o *post-admission*), excluyendo obligaciones específicas respecto a las inversiones salientes realizadas por inversores de los Estados miembros de la UE y viceversa. Dicha limitación comenzó a repararse paulatinamente estableciéndose condiciones de «entrada» o «admisión» mediante acuerdos multilaterales y bilaterales a escala europea relativos al acceso a los mercados de inversión y la liberalización de las inversiones. Ciertamente dichos acuerdos mejoraron significativamente las condiciones de acceso a los mercados de todos los inversores de la UE, sobre todo a través de la fijación de una garantía de trato no discriminatorio para los que invirtiesen en un país tercero. Pero el resultado distaba mucho de ser satisfactorio.

11. A la vista de lo expuesto, era patente la inexistencia de identidad en el ámbito material de los APPRI y la regulación comunitaria. Más matizadamente, es cierto que en relación con algunos aspectos existía una coincidencia, como era el caso de las disposiciones sobre libre circulación de capitales o la libre transferencia de rentas y pagos ligados a la inversión, pero en otros aspectos los APPRI daban una cobertura de protección más amplia y precisa que la que otorgaba el Derecho de la UE, e incluso podría decirse más efectiva (35).

Con semejante planteamiento, la cuestión de la cohabitación de los APPRI celebrados por los Estados miembros con el Derecho de la UE se configuró como un tema de extrema complejidad en los últimos tiempos (36). Si el contenido de dichos instrumentos resultaba incompatible con el Derecho comunitario, siguiendo lo establecido por el art. 351 TFUE, debían ser denunciados o enmendados de manera que se subsanase la situación (37). Una complicación que la entrada en vigor del Tratado de Lisboa aumentó, al dar lugar a un análisis diferenciado según se trate de un APPRI celebrado por un Estado miembro con un tercer Estado (APPRI extra-UE), un APPRI concluido entre dos Estados miembros (APPRI intra-UE) o de controversias anteriores o posteriores a la entrada en vigor de este instrumento.

12. Situación de los APPRI extra-UE. La práctica arbitral registró en su día contenciosos contra países del Este o de

Europa por supuestos incumplimientos de sus APPRI alegándose la terminación tácita de estos acuerdos por haber sido sustituidos por el contenido del acervo comunitario o por ser incompatibles con el Derecho de la UE. Debe tenerse en cuenta que esta materia está presidida por una norma de Derecho internacional «primario», el art. 59.1.º de la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados de 1969 (38) según el cual para la terminación implícita de un tratado anterior por la celebración de un tratado posterior, se requiere que el acuerdo posterior verse sobre la misma materia y además, o bien conste que la intención de las partes es la de sustituir el uno por el otro, o que las disposiciones del tratado posterior sean incompatibles con el anterior hasta el punto de que tal acuerdo no pueda seguir siendo aplicado.



La Comisión Europea ha afirmado que los APPRI intra-UE constituyen una «anomalía dentro del mercado interior de la UE»

Esta jurisprudencia se concretó en los asuntos C-205/2006 (*Comisión / Austria*), C-249/2006 (*Comisión / Suecia*) y C-118/2007 (*Comisión / Finlandia*), donde se declaró la incompatibilidad de los APPRI con ciertas disposiciones sobre capitales y pagos del TCE (39). En tales procedimientos la Comisión había alegado, adicionalmente, que los Estados miembros no habían cumplido con la obligación de adecuar sus compromisos bilaterales al Derecho originario de conformidad con el art. 307.2.º TCE (40) y en las tres decisiones el TJ declaró el incumplimiento por Austria, Suecia y Finlandia de las obligaciones derivadas del TCE, tras poner de relieve que las cláusulas sobre libre transferencia de capitales contenidas en sus acuerdos de promoción y protección de inversiones (APPRI) con terceros países resultan contrarias al TCE (exigiendo su renegociación o denuncia). En concreto, estimaba que eran incompatibles con los arts. 57.2.º, 59 y 60.1.º TCE, en materia de libre circulación de capitales y pagos, que correspondía los Estados miembros instar la enmienda del acuerdo controvertido en cada caso y que cuando éstos se encontrasen con alguna incompatibilidad con el Derecho de la UE, que obligasen la modificación de un Acuerdo, estaban obligados a efectuar la oportuna denuncia, siempre que la referida incompatibilidad fuera suficientemente clara. Estas conclusiones del TJ se han extendido a casi todos los APPRI celebrados por los Estados miembros de la UE con terceros países.

13. Situación de los APPRI intra-UE. Tras la incorporación de los Estados de Europa del Este, hasta entonces importantes receptores de inversiones extranjeras las reclamaciones nacidas del incumplimiento de los APPRI adquirieron una nueva dimensión. En efecto, hasta hace

unos años los Estados miembros de la UE eran tradicionalmente exportadores de capital y nunca precisaron suscribir APPRI entre sí, pero si los suscribieron con los Estados de Europa del Este. La situación ha cambiado tras emerger estos últimos como economías de mercado e incorporarse a la UE. Concretamente, Polonia, Estonia, Letonia, Lituania y la República Checa se convirtieron en Estados miembros de la UE a partir de abril de 2004 y esto evidenció la existencia de APPRI intra-UE celebrados entre Estados miembros de la UE. No tardaron en aparecer contenciosos donde un nuevo Estado miembro de la UE, fue objeto de una demanda de inversión, suscitándose la cuestión de la defensa jurisdiccional con respaldo en una serie de argumentos jurídicos, que abogan por la aplicación preferente del Derecho de la UE (41).

14. La existencia de distinción entre ciudadanos comunitarios puede resultar *prima facie* contraria a la prohibición de discriminación impuesta por el art. 18 TFUE, toda vez que efectivamente en cuanto al recurso al arbitraje se distingue entre los ciudadanos de la UE (42). Los asuntos *Eastern Sugar B.V. c. República Checa* y *Eureka B.V. c. República de Eslovaquia* son importantes para el estudio de esta dimensión.

★ **La UE está dispuesta a mantener un alto nivel de protección de los inversores tanto dentro como fuera de su territorio**

i) El asunto *Eastern Sugar B.V. c. República Checa* (43), constituye uno de los primeros arbitrajes de inversiones que involucró inversores nacionales de Estados miembros contra otros Estados miembros. *In casu*, la controversia fue suscitada por la empresa holandesa Eastern Sugar B.V. ante la presunta vulneración por parte de la República Checa del acuerdo de inversiones celebrado por ambos países y la obligación de trato justo y equitativo contenida en aquél; por su parte, la demandada alegó la falta de jurisdicción del Tribunal arbitral basándose en la supuesta terminación tácita del acuerdo de inversiones una vez se produjo su incorporación a la Comunidad Europea en 2004, invocando a tal efecto el art. 59.1.º de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los tratados. Ante estos argumentos, el Tribunal arbitral administrado por el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo se inclinó decididamente sobre la vigencia y los efectos del APPRI intracomunitario celebrado entre Países Bajos y la República Checa.

ii) Por su parte en el caso *Eureka B.V. c. Eslovaquia* (44) administrado por la Corte Permanente de Arbitraje, se argumentó la finalización del APPRI al producirse la incorporación a la UE de este Estado, con respaldo en el

mismo precepto convencional y la eventual competencia del Tribunal de Justicia en esta clase de contenciosos. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que en el caso referido la controversia había surgido antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (45).

No obstante, la pervivencia de los APPRI intra-UE sigue siendo una realidad conflictiva tal y como ha sido puesta de relieve por la doctrina (46) y la propia Comisión Europea ha afirmado que los APPRI intra-UE constituyen una «anomalía dentro del mercado interior de la UE y que solicitará intervenir en estas controversias como *amicus curiae* (47).

3. Reglamento 1219/2012, por el que se establecen disposiciones transitorias sobre los acuerdos bilaterales de inversión entre Estados miembros y terceros países

15. El Regl. núm. 1219/2012, por el que se establecen disposiciones transitorias sobre los acuerdos bilaterales de inversión entre Estados miembros y terceros países (48), vino a aportar una cierta seguridad jurídica en la complejidad apuntada. Dicho Reglamento ofrece una medida transitoria y excepcional a esos acuerdos de los Estados miembros con terceros países, con el fin de consolidar y favorecer la necesaria seguridad jurídica en la inversión extranjera (49) e implica una demostración palmaria de que la UE está dispuesta a mantener un alto nivel de protección de los inversores tanto dentro como fuera de su territorio. Tal y como se establece en su exposición de motivos, los acuerdos bilaterales siguen siendo vinculantes para los Estados miembros en virtud del Derecho internacional público, y progresivamente serán sustituidos por acuerdos de la Unión, por lo que hasta que se alcance dicho objetivo, la convivencia entre ambos será obligatoria, de manera que el Reglamento viene a establecer una serie de normas y condiciones para que aquellos continúen con su vigencia en el ámbito de una correcta relación con la política de la Unión en materia de inversiones. Asimismo, también se contempla la posibilidad de que los Estados puedan concluir nuevos Tratados de inversiones dentro de las condiciones y el procedimiento marcado por el propio Reglamento. Por tanto, el objetivo perseguido es garantizar que aquellos acuerdos que cumplan con las disposiciones establecidas, sean operativos en todo su contenido incluyendo el mecanismo de solución de controversias que contengan, excluyendo de su ámbito de aplicación a los Tratados de inversiones entre dos Estados miembros.

El Reglamento regula el estatuto que tienen en el Derecho de la Unión los acuerdos bilaterales de inversión de los Estados miembros, y establece en qué términos y condiciones, y según qué procedimientos los Estados miembros están autorizados a modificar o celebrar

acuerdos bilaterales de inversión. Durante todo el procedimiento de autorizaciones dispensadas por la Comisión en relación con estos acuerdos, ésta deberá mantener informados al Parlamento y al Consejo, y deberá recurrir en determinadas ocasiones al procedimiento consultivo previsto en el Regl. 182/2011 (50).

16. Las previsiones acerca de las condiciones que se deben observar y las opciones que caben, respecto a tres grupos de APPRIs, son las siguientes: i) Acuerdos suscritos antes del 1 de diciembre de 2009; ii) Acuerdos suscritos entre el 1 de diciembre de 2009 y el 1 de enero de 2013, contemplándose la posibilidad de su entrada en vigor o mantenimiento de la misma, y iii) Acuerdos firmados por los Estados miembros entre el 1 de diciembre de 2009 y el 9 de enero de 2013. En este último caso, el art. 12 contempla un procedimiento específico para este caso: deben también notificarse antes del 8 de febrero de 2013. La Comisión comprobará su compatibilidad con las condiciones recogidas en el art. 9 y a tenor de la misma puede autorizar el acuerdo o no, situación complicada ya que se puede dar el caso de que dichos acuerdos se encuentren en vigor en el Estado correspondiente. Se impone también un plazo a la decisión final de 180 días tras la recepción de la notificación, aunque este plazo puede paralizarse si la Comisión solicita información adicional. Se prevé que la Comisión presente un informe de funcionamiento del sistema a los cinco años de entrada en vigor del Reglamento. Finalmente, el Reglamento estableció fuertes obligaciones de información sobre las reuniones que se tendrán con terceros en relación con los acuerdos bilaterales de inversión, los órdenes de día y toda la información necesaria para conocer los temas que serán discutidos. La Comisión puede requerir información adicional. También se informará de medidas que se adopten y que entre posiblemente en conflicto con el acuerdo. La Comisión también será informada de los procedimientos de solución de diferencias que se inicien en el marco del acuerdo cuando el Estado Miembro tenga información sobre ello y la Comisión podrá participar en el proceso. Además, los Estados Miembros deberán buscar el acuerdo de la Comisión para iniciar un proceso de solución de diferencias en el marco del acuerdo y lo iniciarán a instancias de esta.

4. Interacción del Derecho de los tratados de inversión con Derecho de la UE

A) Estrategia respecto de los APPRIs

17. Pese a que la tendencia hacia la asunción de poderes en el sector fue una obsesión por parte de la Comisión (51), puede aseverarse que con anterioridad al Tratado de Lisboa, la competencia para celebrar los APPRIs correspondía de manera exclusiva a los Estados miembros. Esto ha cambiado significativamente con el art. 207.1.º TFUE, que atribuye a la UE la competencia para

celebrar APPRIs con terceros Estados. La nueva situación presenta luces, al disponer la UE de mayor fuerza negociadora, y sombras, por implicar una considerable pérdida de autonomía de los referidos Estados miembros. Al margen de esta consideración simplista, cabe insistir en los siguientes aspectos:

i) La Comisión trabaja en la materia con dos objetivos prioritarios, como si quisiera sacudirse de un pesado letargo. En primer lugar aclarar y mejorar las normas de protección de la inversión y, en segundo término, mejorar el funcionamiento del sistema de solución de diferencias. En todo caso no se descarta la tendencia hacia la implantación de un modelo de APPRI que homogenice por arriba, es decir, a partir de la recolección de las mejores prácticas existentes entre los Estados miembros. Aunque la idea no esté explicitada el camino emprendido conduce hacia un único modelo europeo de APPRI, pese a la eventual rigidez de esta alternativa. Desde ciertos círculos arbitrales la adopción de un modelo único para los convenios de inversión con terceros países es sería necesaria ni deseable. Sin embargo, los convenios de inversión celebrados por la UE deberían permitir combinar un entorno abierto a las inversiones con una protección efectiva de los inversores de la UE, garantizando una adecuada flexibilidad operativa en los países en los que invierten (52). Pero existen otras objeciones con las prácticas arbitrales tradicionales consideradas ortodoxas, que pugnan con la pulsión (=término *Trieb* freudiano) de la Comisión respecto a ellas: el establecimiento de una regulación de los conflictos de intereses y de un código de conducta de los árbitros, la desaparición de la confidencialidad, el establecimiento de fuertes costos para los reclamantes temerarios, la permisión de los *amici curiae*, incluidas las OMCs (53).

ii) La contradicción que existe entre los actuales APPRIs de los Estados miembro, que no acompañan su obligación horizontal sobre Trato Nacional de una lista de excepciones, como sí hacen, por ejemplo, los APPRIs celebrados por EE. UU., y la normativa interna de la UE, que reserva explícitamente un Trato Más Favorable a las empresas establecidas en la UE propiedad de o controladas por ciudadanos o por capitales de la UE que el trato otorgado a otras empresas también establecidas en la UE pero que son propiedad o están controladas por ciudadanos o por los capitales de Estados no miembro de la UE (54). Para solventar esta cuestión las autoridades de la Unión llevan bastante tiempo empeñadas en que los inversores de la UE, por un lado, y de los terceros países, por otro, queden desvinculados de los APPRIs tradicionales para la adquisición de una protección efectiva de sus inversiones. Y si el postulado de la no discriminación debería seguir siendo un componente clave en las negociaciones de la UE en materia de inversión, otros principios fijados en los APPRIs como el «trato justo y equitativo»

o el trato de “plena seguridad y protección” deberían ser objeto de matización. Por el contrario, la protección de los derechos contractuales otorgados al inversor por el gobierno de un país receptor que acostumbra a insertarse en una «cláusula general» de estos instrumentos debería seguir presente como componente principal en las negociaciones de acuerdos en materia de inversión que celebre UE en la actualidad o en el futuro (55).

★ **La UE está incluyendo las obligaciones de transparencia, por lo que todos los documentos y las audiencias son públicas**

iii) La UE proyecta insertar una reglamentación moderna para las IED que a la vez: a) ofrezca las suficientes garantías de que los gobiernos no discriminará a las empresas extranjeras; b) no restrinja indebidamente el Derecho de la UE o de sus Estados miembros para regular en el interés público en asuntos como la salud, la seguridad, la protección de los consumidores o el medio ambiente. Las posibilidades que el nuevo marco competencial confiere a la UE deben utilizarse, sin embargo, con mesura, pues se corre el riesgo de que, con el pretexto de solucionar determinadas imperfecciones inherentes a los APPRIs tradicionales y de modernizar el sistema que desde hace muchas décadas han adoptado muchos Estados Miembros se destruya la esencia misma del procedimiento de arreglo de controversias hasta ahora utilizado con razonables resultados beneficiosos. Baste insistir en que el arbitraje, incluido el arbitraje de inversiones, no es otra cosa que la aceptación mutua de una vía de solución en la plena confianza de la neutralidad de quien lo resuelve: los árbitros (56) y que, frente a ello, la Comisión avalúa el eventual riesgo de que los tribunales arbitrales acaben interpretando la normativa comunitaria de manera diferente a la seguida en la jurisprudencia comunitaria.

18. Por eso la UE no sólo deberá tener en cuenta la experiencia derivada de los más de 1.400 Acuerdos suscritos a los efectos de practicar los cambios oportunos, sino que habrá de prever las consecuencias de su evidente poder en las negociaciones, renunciando a un innecesario envaramiento de europeísmo extático, para no deteriorar los modelos de ISDS admitidos por la comunidad internacional. Indiscutiblemente, con su peso económico global, la UE se encuentra en una posición fuerte para convencer a sus socios comerciales de la necesidad de normas más claras y mejores pero que atiendan a intereses recíprocos. Veamos algunos ejemplos. En primer término, en una exigencia para que en los acuerdos suscritos por la UE se incluya una cláusula de reconocimiento automático de la decisión arbitral análoga a la que consta en el art. 54 del Convenio de Washington; en

segundo lugar, en suministrar a los árbitros determinadas orientaciones, en supuestos de expropiación indirecta, acerca de cómo decidir si la medida gubernamental enjuiciada implica esta medida.

Que las estructuras actuales de la UE no están adaptadas se pone de manifiesto con el Convenio de Washington de 1965 donde la UE no tiene legitimidad para ser parte en los arbitrajes en los que se resuelvan las controversias (57). Evidentemente, una hipótesis de solución a ese problema consistiría en la adhesión de la Unión Europea al Convenio de Washington (58); sin embargo semejante solución no es verosímil a corto plazo por el propio tenor del art. 67 del Convenio, que al declararlo abierto para firma de los Estados miembros del Banco Mundial, debería ser ratificado por todos sus Estados miembros actuales. Menos compleja, desde este punto de vista, sería la adhesión de la Unión Europea al Reglamento de Mecanismo Complementario del CIADI, cuya revisión para ese fin solo exigiría la intervención del Consejo Administrativo de esta entidad (59) y otra hipótesis de solución sería que los futuros Acuerdos europeos de inversión se remitan al reglamento de arbitraje de la Uncitral (60).

B) Estrategia en las negociaciones multilaterales

19. Al lado de la negociación bilateral, la interacción del Derecho de los tratados de inversión con Derecho de la UE es una preocupación no sólo para los responsables políticos, sino también para los inversores y los tribunales arbitrales (61), especialmente en el sector energético. Ello suscita numerosos problemas jurídicos existentes y potenciales entre los regímenes como muestra la negociación sobre el futuro del Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE). Ello suscita el problema de la compatibilidad del Derecho de los tratados de inversión con la legislación de la UE en general, que pueden exigir a los Estados miembros de la UE a renegociar sus acuerdos existentes (62).

Multitud de estudios, esencialmente emanados del entorno de la OMC, confirman que las disposiciones sustantivas en materia de inversión contenidas en acuerdos comerciales generales inciden con más fuerza en el comercio y en los flujos de IED. Baste atender a la influencia ejercida por la UE en el contexto multilateral y, en particular, en el seno de la Uncitral, como se puso de manifiesto con la elaboración de las nuevas reglas de transparencia (63). En efecto, el 29 de enero de 2014 en la reunión n.º 2483 del Comité de Representantes Permanentes se había decidido autorizar a la Comisión para negociar la Convención de la ONU sobre la transparencia para la solución de controversias inversionista-Estado, teniendo en cuenta que sus disposiciones son de competencia exclusiva de la Unión en materia de inversión extranjera directa y arbitraje inversionista-Estado contra la Unión (64)

20. Haciendo uso de la nueva competencia para celebrar tratados de inversión la Comisión participa en la actualidad en las negociaciones con Canadá, India y Singapur sobre el comercio integral acuerdos que incluirán un capítulo específico sobre inversión (65). Esta última generación de acuerdos de libre comercio (ALC), orientados hacia la competitividad, pretende beneficiarse de las ventajas económicas de los principales mercados mundiales a las inversiones de la UE y, consecuentemente, ésta pretende ampliar el ámbito de las negociaciones a todo el sector de las inversiones.

En efecto, la UE está actualmente negociando Acuerdos comerciales, que incorporan un capítulo de protección de la inversión, con países desarrollados y en esta operación surgen ciertos peligros debido al poder negociador de la contraparte y que repercuten en los actuales modelos de ISDS (66). Ello ha propiciado que la propia Comisión Europea haya abierto una consulta sobre las modalidades de la protección de la inversión y la solución de disputas con ocasión de la negociación del acuerdo con EE. UU. (Acuerdo Transatlántico sobre Comercio e Inversión ATCI-TTIP) (67).

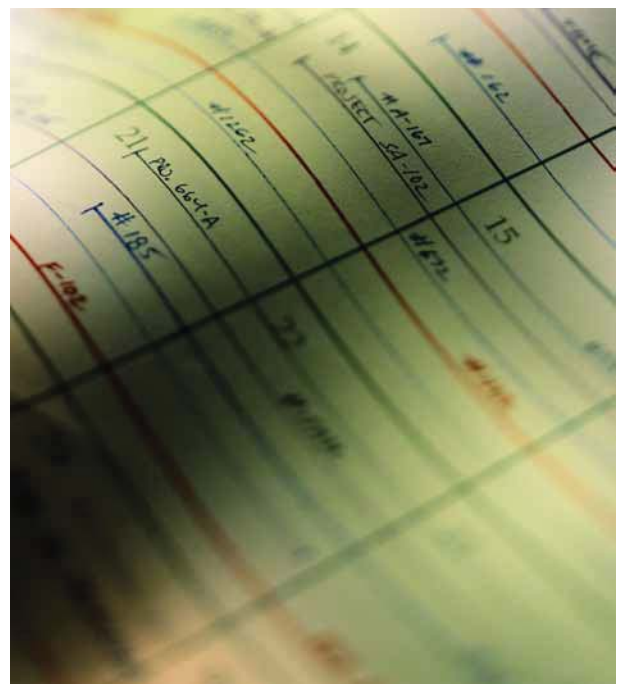
21. La UE está negociando protección de la inversión y ISDS en una serie de acuerdo, la UE y, como parte de su política de inversión, tiene en esta función como cometido implementar amplias mejoras en los mecanismos ya existentes de solución de controversias inversionista-Estado, al exigir una mayor transparencia, rendición de cuentas y la previsibilidad. En sus acuerdos, la UE está incluyendo las obligaciones de transparencia en firme, por lo que todos los documentos y las audiencias son públicas, disposiciones contra el abuso del sistema y disposiciones que garanticen la independencia e imparcialidad de los árbitros. Está por demostrar que el Regl. núm. 912/2014, al que nos referiremos más adelante, puede garantizar la transparencia en las controversias entre inversionistas y el Estado que se presenten en virtud de futuros acuerdos de la UE, previendo las consultas y el intercambio de información entre la Comisión, los Estados miembros y el Parlamento Europeo.

En este contexto cabe señalar que la UE es parte en el Tratado sobre la Carta de la Energía, que contiene disposiciones sobre protección de la inversión y el arbitraje internacional y que, actualmente, la Comisión Europea está negociando la inversión, incluyendo la protección de la inversión, con China y Myanmar; también está negociando la inversión como parte de las negociaciones del Tratado de Libre Comercio con Canadá, India, Japón, Marruecos, Singapur, Tailandia y Vietnam. Ello obliga a la UE a realizar una reflexión crítica en torno a la reciente evolución de la normativa internacional en materia de inversión, así como en la política y las prácticas en materia de inversión (como el arbitraje entre inversores y Estado), para asegurar que su filosofía y enfoque respecto

a los futuros tratados de inversión y los capítulos sobre inversión en los acuerdos de libre cambio sean sostenibles y actualizados. Debe pues asegurar que los futuros acuerdos de la UE proporcionan una claridad suficiente sobre los límites exteriores de la responsabilidad financiera y los criterios de responsabilidad con el objetivo de maximizar la seguridad jurídica de los inversores y los Estados de acogida.

C) Referencia al ATCI

22. La UE y los EE. UU. constituyen el 40% de la producción económica global y su relación económica bilateral ya es la más grande del mundo. En junio de 2013, los gobiernos de los Estados miembros de la UE instruidos por unanimidad la Comisión Europea para iniciar la negociación de un Tratado de libre comercio con EE. UU. con el objetivo de liberalizar el comercio y la inversión entre ambos bloques económicos concretado en constituir un mercado transatlántico más integrado, respetando al mismo tiempo el derecho de ambas partes de regular de manera que se garantice la protección de la salud, la seguridad y del medio ambiente a un nivel que consideren apropiado. Con este propósito fijaron las directrices para la Comisión en orden al contenido de las negociaciones habida cuenta que en mayo de 2013, una gran mayoría en el Parlamento Europeo había acogido con satisfacción el lanzamiento inminente de esta polémica iniciativa. En las directrices que le dieron a la Comisión los gobiernos afirmaron que la UE debería tratar de incluir disposiciones sobre la protección de la inversión y la liquidación entre inversionistas y Estado de controversias (ISDS) en la propuesta de acuerdo. Las negociaciones para un acuerdo—el Comercio y la Inversión de Asociación Transatlántica (TTIP)—comenzaron en julio



de 2013. Entre otras cosas, en el ATCI se pretende: a) ir más allá del planteamiento clásico de eliminar aranceles y abrir mercados de inversión, servicios y contratación pública; b) prestar especial atención a la armonización de las reglas y las normas sobre productos técnicos, que actualmente constituyen el principal obstáculo al comercio transatlántico, y c) alcanzar los máximos niveles de liberalización y protección de las inversiones que ambas Partes hayan negociado hasta ahora en otros acuerdos comerciales.

La Comisión no es especialmente explícita en torno al enfoque más adecuado para la protección de la inversión y de los ISDS en el ATCI y lograr, a partir del mismo, el equilibrio adecuado entre la protección de los inversores y la salvaguarda de derecho y la capacidad de regular en el interés público de la UE (68). Pero las cosas no parecen ir por el mejor camino. Como se ha indicado el 27 marzo 2014 se anunció que la UE suspendía la negociación.

IV. REGLAMENTO (UE) NÚM. 912/2014 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 23 DE JULIO DE 2014

1. Objetivos y ámbito de aplicación

23. En consonancia con los objetivos de la política de inversiones de la UE de crear un ambiente seguro y atractivo para las inversiones, y derivado del hecho de que en el ejercicio de sus competencias, la UE debe insertar en los acuerdos de protección de inversiones el recurso a un mecanismo de solución de controversias derivadas de posibles incumplimientos del acuerdo. Ello nos lleva de nuevo a la cuestión relativa a la distribución de responsabilidad entre los Estados miembros y la propia UE. El ejercicio por la UE de la competencia prevista en el art. 207.1.º TFUE lleva aparejado que ésta será parte legítima, como demandada, en los litigios que incoen inversores extranjeros ante tribunales arbitrales en virtud de los tratados europeos de inversión (69). Ahora bien, en caso de que sea condenada en los procesos así incoados, la Unión podrá tener derecho de repetición contra los Estados miembros, en la medida en que se puedan imputar a estos los actos u omisiones que determinaron la condena. Estas cuestiones exigen reflexionar acerca del establecimiento de los mecanismos pertinentes.



La UE debe insertar en los acuerdos de protección de inversiones el recurso a un mecanismo de solución de controversias

Debido a la estructura y el reparto de competencias de la Unión, no todas las acciones consideradas como infractoras pueden ser imputadas a la UE por el hecho de

que la competencia sobre las inversiones directas recaiga sobre la misma. Es cierto que determinadas medidas son tomadas a nivel comunitario y devienen obligatorias para todos los Estados, de manera que a éstos no les queda más alternativa que adoptar la conducta que les viene impuesta. No obstante, otra serie de actuaciones, que pueden infringir los términos de los acuerdos de inversiones, pueden ser tomadas por los propios Estados miembros partiendo de su propia iniciativa. Como regla general la Unión asume, en principio, la responsabilidad internacional por el incumplimiento de cualquier disposición que es de su competencia de la Unión, por lo que es factible establecer el reparto de la responsabilidad financiera entre la Unión y los Estados miembros. De ello se infiere la necesidad de articular el reparto de responsabilidad entre la UE y los Estados debido a que el origen de las medidas lesivas no siempre será el mismo. Asimismo, en función del origen de la medida infractora del acuerdo, se generará un derecho a intervenir en el proceso como demandado, bien a favor de los Estados, bien a favor de la UE.

24. Lo anteriormente expuesto se recoge en el Regl. núm. 912/2014 adoptado en el marco de la competencia exclusiva de la UE en materia de IED de conformidad con los arts. 207 y 3.1.º e) del Tratado de Lisboa.

Los objetivos centrales del Reglamento se centra en tres puntos: a) la responsabilidad financiera derivada de los casos de resolución de controversias entre inversores y Estados, que debe recaer en quien ha dispensado el trato objeto de la controversia; b) la cuestión de si es la Unión o el Estado miembro quien debe actuar como parte demandada, y en qué circunstancias, así como la manera de estructurar la cooperación entre la Comisión y el Estado miembro en casos específicos, el modo de abordar la posibilidad de resolución; y, c) los mecanismos necesarios para garantizar la efectividad de cualquier reparto de responsabilidad entre la Unión y los Estados miembros, reparto que debe ser neutro desde el punto de vista presupuestario con respecto a la Unión, de manera que este solo asuma los costes ocasionados por actos de sus instituciones.

El Reglamento regula estas cuestiones, buscando atemperar no sólo la distribución de la responsabilidad económica derivada del proceso y pago de la misma (capítulo II), sino también el comportamiento a seguir tanto por la UE como por los Estados cuando se produce una demanda de incumplimiento del tratado (capítulo III) y la articulación de la cooperación entre ambos o los posibles acuerdos transaccionales (capítulo IV). Con esta regulación se pretende perfilar la política de inversiones de la UE, de manera que aporte seguridad a los inversores que escojan como destino esta última.

De conformidad con su art. 1.º el Reglamento se aplicará a la resolución de litigios entre inversores y Estados efectuada con arreglo a un acuerdo en el que la Unión sea parte, o la Unión y sus Estados miembros sean parte, e iniciada por un demandante de un tercer país. Se entiende por «acuerdo», «cualquier acuerdo internacional que contenga disposiciones sobre inversión extranjera directa en el que la Unión sea parte o en el que la Unión y sus Estados miembros sean parte y que prevea la resolución de litigios entre inversores y Estados» [art. 2 a)]. La aplicación de este instrumento se entenderá, incluso en relación con el trato dispensado por los Estados miembros o la Unión e impugnado por un demandante en una solicitud de resolución de litigios entre inversores y Estados efectuada con arreglo a un acuerdo. El Reglamento no se aplica a la resolución de controversias entre Estados relacionada con disposiciones de protección de las inversiones, toda vez que estas disposiciones no afectan como tales a la posibilidad de indemnización financiera.

El Reglamento entró en vigor el 17 de septiembre 2014 y sus disposiciones se aplicarán una vez que se produzcan controversias inversionista-Estado reales en virtud de acuerdos de la UE con un ISDS.

2. Gestión de la responsabilidad

25. El Reglamento insta un marco para la gestión de la responsabilidad económica derivada de los mecanismos de resolución de controversias inversionista-Estado establecidos por acuerdos internacionales en que la Unión Europea sea parte (70). Este sistema de gestión de responsabilidad es un instrumento esencial para desarrollar un mecanismo transparente, responsable y equilibrado inversor y el Estado de solución de controversias en el marco del comercio de la UE y la política de inversión (71). Sus normas determinan el marco interior de la UE para la gestión de futuras controversias inversionista-Estado y quién está en mejor posición para defender los intereses de los Estados miembros de la UE en caso de cualquier problema en disputa entre inversionistas y Estado (ISDS) en los acuerdos comerciales de la UE y el Tratado sobre la Carta de la Energía. Dichas normas también establecen los principios para la asignación de los gastos eventuales o compensación.

En síntesis el Reglamento estipula que:

i) Cuando la medida que viole el acuerdo tenga su origen en los Estados miembros, de forma que no se haya adoptado a requerimiento de la UE, éstos tendrán derecho a intervenir y defenderse en el proceso y asimismo se harán cargo de la responsabilidad económica que se genere.

ii) Cuando la medida controvertida tenga su origen en la Unión, incluso cuando un Estado ha llevado a cabo determinada conducta siguiendo los mandatos de la UE, ésta

soportará la responsabilidad económica que se devengue, y podrá asumir la posición procesal de demandado.

En suma, los Estados miembros defenderán cualquier desafío a sus propias medidas y la UE defenderá las medidas adoptadas a nivel de la UE, pero en cualquier caso, e independientemente de quién intervenga como demandado en el proceso se establece una cooperación estrecha entre la UE y los Estados miembros para conseguir la mejor defensa posible frente a las acusaciones de violación del tratado.

26. El Reglamento también aborda las consecuencias financieras tras la reclamación de un inversionista de un tercer país en contra de un Estado miembro o de la UE, así como cuestiones de representación en los procedimientos arbitrales y de liquidación. Se aplicará a los acuerdos suscritos por la UE, que incluirá ISDS, como, potencialmente, el TTIPÁG. Habida cuenta que es el instrumento principal aplicación de la política de inversión de la UE presta especial atención a que se garantice la eficacia de la política de inversión. Con el fin de que tenga una fuerza vinculante para terceros Estados y sus inversores, así como el Tribunal arbitral, el Reglamento deberá insertarse en los acuerdos internacionales celebrados por la UE y de terceros Estados toda vez que sus disposiciones sólo pueden tener un efecto práctico en el curso del procedimiento arbitral si se incluye o hace referencia directamente en una cláusula de arbitraje del acuerdo de inversión sobre el que repose la eventual reclamación.

27. En orden a la responsabilidad internacional entre la UE y los Estados miembros en los acuerdos de inversión la UE, representada por la Comisión, defenderá todas las actuaciones de sus instituciones. Habida cuenta de la competencia exclusiva en cuestiones exteriores, la Comisión considera que la UE será también la única demandada en relación con cualquier medida adoptada por un Estado miembro que afecte a las inversiones de nacionales o empresas de terceros países que entren en el ámbito del acuerdo en cuestión. A la hora de desarrollar su nueva política en materia de inversión internacional, la Comisión abordará esta cuestión y, en particular, la de la compensación financiera, basándose en los instrumentos disponibles, incluida la adopción de nueva legislación cuando sea posible.

Por otra parte, cuando se trata de decisiones de la Comisión en las que la UE actúe como parte demandada, la Comisión decidirá «basándose en un análisis fáctico, exhaustivo y equilibrado y un razonamiento jurídico que se facilitarán a los Estados miembros» (art. 9.2.º), con arreglo al procedimiento consultivo contemplado en el art. 22.2 (72), cuando la Unión asuma totalmente o al menos en parte la posible responsabilidad financiera derivada del litigio de conformidad con los criterios de reparto de responsabilidad financiera que se examinarán

más adelante o el litigio está relacionado también con un trato dispensado por las instituciones, órganos, oficinas u organismos de la Unión.

En cuanto a la determinación de la responsabilidad derivada del Derecho internacional público, la división de competencias entre la UE y los Estados miembros parte de un enfoque material. Cuando la Unión, en calidad de entidad dotada de personalidad jurídica, sea responsable internacionalmente por el trato dispensado, es de suponer que, de conformidad con el Derecho internacional público, pague la indemnización fijada en cualquier laudo desfavorable y que asuma los costes de cualquier litigio. Ahora bien, el laudo desfavorable puede derivarse o de la actuación de la UE o de la actuación de un Estado miembro, por lo que no sería de recibo que la indemnización fijada en tal laudo y los costos de arbitraje fueran sufragados con cargo al presupuesto de la Unión cuando el trato haya sido dispensado por un Estado miembro, a menos que dicho trato sea requerido por el Derecho de la Unión. Ello justifica plenamente que la responsabilidad financiera se distribuya entre la propia UE y el Estado miembro responsable de la actuación enjuiciada, de conformidad con el Derecho de la Unión atendiendo a los criterios establecidos en el presente Reglamento.

★ **Cuando la Comisión reciba una solicitud de consultas de un demandante, lo notificará al Estado miembro afectado**

A diferencia de la atribución basada en las competencias de la conducta, la responsabilidad financiera es a cargo del autor del acto que dio lugar a la demanda de inversión ante el Tribunal. Para especificar, cuando el tratamiento en cuestión se produjo por las instituciones, órganos u organismos de la Unión o requerido por la ley de la Unión, la Unión será financieramente responsable. Por el contrario, la responsabilidad financiera será asumido por el Estado miembro en caso de un tratamiento dado por dicho Estado miembro.

28. Para clarificar estas cuestiones, el art. 3 establece los «criterios de reparto» en el sentido de que la responsabilidad financiera derivada de un litigio con arreglo a un acuerdo se repartirá de conformidad con los criterios siguientes: a) la Unión asumirá la responsabilidad financiera derivada del trato dispensado por las instituciones, los órganos, oficinas u organismos de la Unión; b) el Estado miembro afectado asumirá la responsabilidad financiera derivada del trato dispensado por dicho Estado miembro; c) como excepción a la letra b), la Unión asumirá la responsabilidad financiera derivada del trato dispensado por un Estado miembro cuando ese trato

sea requerido por el Derecho de la Unión. No obstante lo dispuesto en la letra c) del párrafo primero, cuando el Estado miembro afectado deba actuar con arreglo al Derecho de la Unión para solucionar la incompatibilidad de un acto previo con dicho Derecho, ese Estado miembro será responsable financieramente, salvo si dicho acto previo estaba requerido por el Derecho de la Unión.

Cuando esté previsto en el presente Reglamento, la Comisión adoptará una decisión para determinar la responsabilidad financiera del Estado miembro afectado con arreglo a los criterios establecidos en el ap. 1. Se informará de dicha Decisión al Parlamento Europeo y al Consejo. 3. No obstante lo dispuesto en el ap. 1 del presente artículo, el Estado miembro afectado asumirá la responsabilidad financiera cuando: a) haya aceptado la posible responsabilidad financiera con arreglo al art. 12, o bien; b) concluya un acuerdo transaccional con arreglo al art. 15. 4. No obstante lo dispuesto en el ap. 1 del presente artículo, la Unión asumirá la responsabilidad financiera cuando actúe como parte demandada conforme al art. 4.

3. Desarrollo de las controversias

29. Consecuencia del reparto competencial la UE debe, en principio, actuar como parte demandada en cualquier controversia relacionada con un presunto incumplimiento de una disposición de un acuerdo internacional que sea competencia exclusiva de la Unión, incluso si dicho incumplimiento deriva de una acción de un Estado miembro, tal como establece explícitamente el art. 2.1 TFUE. En cuanto a la determinación de la condición de demandado, el Reglamento dispone que en caso de que el tratamiento que puso en marcha el procedimiento arbitral haya sido proporcionado por las instituciones, órganos u organismos de la UE, esta última actuará como demandada; asimismo, el Estado miembro actuará como parte demandada cuando se refiera la diferencia, total o parcialmente, el tratamiento que otorga ese Estado miembro.

Sin embargo, se incluye una serie de excepciones a condición de demandado de los Estados miembros. Más específicamente, la Unión Europea, representada por la Comisión, actuará como parte demandada cuando: a) un Estado miembro haya confirmado su intención de no actuar como demandado dentro de los 45 días siguientes a la recepción de la notificación o la notificación de arbitraje; o cuando la Comisión adopte la decisión dentro de los 45 días siguientes a la recepción de la notificación o la notificación de arbitraje que el acto de la UE como demandado en el caso; b) la UE asuma sufragar la totalidad o al menos parte de la potencial responsabilidad financiera; c) la disputa también se refiera al trato que ofrecen las instituciones, órganos u organismos de la Unión Europea; y, d) cuando se haya impugnado un tratamiento similar de la UE en una demanda conexa contra la UE en la OMC, cuan-

do se haya establecido un grupo especial y la reclamación se refiere a la misma cuestión jurídica específica, y cuando sea necesario para asegurar una argumentación coherente en el caso presentado ante la OMC. De hecho, si la UE ocupa el papel del demandado se decidirá tras las consultas entre la Comisión y el Estado miembro interesado.

En particular, de conformidad con al principio de cooperación leal contemplado en el art. 4.3 TUE, la Comisión y el Estado miembro afectado adoptarán todas las medidas necesarias para defender y proteger los intereses de la Unión y del Estado miembro afectado (art. 6.1.º). En tal caso «La Comisión y el Estado miembro afectado entablarán consultas sobre la gestión de los litigios con arreglo al presente Reglamento, teniendo presentes los plazos previstos en este y en el acuerdo de que se trate, y compartirán la demás información cuando esta sea pertinente para el desarrollo de los litigio» (art. 6.2.º).

V. ESQUEMA PROCEDIMENTAL DEL REGLAMENTO NÚM. 912/2014

i) *Solicitud de consultas.* Cuando la Comisión reciba una solicitud de consultas de un demandante con arreglo a un acuerdo, lo notificará inmediatamente al Estado miembro afectado. Cuando un Estado miembro haya tenido conocimiento de una solicitud de consultas o haya recibido una solicitud de ese tipo lo comunicará inmediatamente a la Comisión. Los representantes del Estado miembro afectado y de la Comisión formarán parte de la delegación de la Unión en las consultas. El Estado miembro afectado y la Comisión se facilitarán mutuamente y de inmediato otra información pertinente para el asunto. La Comisión informará al Parlamento Europeo y al Consejo de dichas solicitudes de consultas (art. 7).

ii) *Aviso de intención de iniciar un procedimiento de arbitraje.* Cuando la Comisión reciba el aviso de que un demandante ha declarado su intención de iniciar un procedimiento de arbitraje de conformidad con un acuerdo, lo notificará inmediatamente al Estado miembro afectado. Cuando un demandante declare su intención de iniciar un procedimiento de arbitraje contra la Unión o un Estado miembro, la Comisión informará al Parlamento Europeo y al Consejo, en el plazo de 15 días hábiles a partir de la recepción del aviso, del nombre del demandante, de las disposiciones del acuerdo cuya supuesta infracción se alega, del sector económico de que se trate, del trato supuestamente contrario al acuerdo y del importe de los daños y perjuicios reclamados. Cuando un Estado miembro reciba el aviso de que un demandante ha declarado su intención de iniciar un procedimiento de arbitraje, lo notificará inmediatamente a la Comisión. La Comisión informará al Parlamento Europeo y al Consejo de dichos avisos de intención de iniciar un procedimiento de arbitraje (art. 8).



iii) *Estatuto de la parte demandada.* El Estado miembro afectado actuará como parte demandada, salvo que se plantee una de las siguientes situaciones: a) que la Comisión, tras mantener consultas con arreglo al art. 6, haya adoptado una decisión en el plazo de 45 días a partir de la recepción del aviso o notificación mencionados en el art. 8; b) el Estado miembro, tras mantener consultas con arreglo al art. 6, haya confirmado a la Comisión por escrito que no tiene intención de actuar como parte demandada en un plazo de 45 días a partir de la recepción del aviso o la notificación mencionados en el art. 8. En ambos casos la Unión actuará como parte demandada (art. 9).

iv) *Actuación de un Estado miembro en un procedimiento de arbitraje.* Cuando un Estado miembro actúe como parte demandada, en todas las fases del litigio, incluso en caso de una posible anulación, recurso o revisión, el Estado miembro: a) facilitará a la Comisión en tiempo oportuno los documentos pertinentes relacionados con el procedimiento; b) informará a la Comisión en tiempo oportuno de todos los trámites importantes del procedimiento y, a petición suya, entablará consultas con ella a fin de tener debidamente en cuenta cualquier cuestión de Derecho o cualquier otro elemento de interés para la Unión que se suscite en el marco del litigio y expuestos por la Comisión en un análisis escrito no vinculante facilitado al Estado miembro afectado; y c) permitirá a los representantes de la Comisión, cuando esta lo solicite y a sus expensas, formar parte de la delegación que represente al Estado miembro. La Comisión facilitará al Estado miembro los documentos pertinentes relacionados con el procedimiento para garantizar que la defensa sea lo más eficaz posible. En cuanto se dicte un laudo, el Estado miembro informará a la Comisión. La

Comisión informará al Parlamento Europeo y al Consejo (art. 10).

v) *Actuación de la Unión en un procedimiento de arbitraje.* Cuando la Unión actúe como parte demandada en cualquier litigio en el que un Estado miembro pueda tener que asumir total o parcialmente la posible responsabilidad financiera: a) la Comisión adoptará todas las medidas necesarias para defender y proteger los intereses del Estado miembro afectado; b) el Estado miembro afectado facilitará a la Comisión toda la ayuda necesaria; c) la Comisión facilitará al Estado miembro afectado los documentos pertinentes relacionados con el procedimiento, le mantendrá informado de todo trámite importante del procedimiento y entablará consultas con el Estado miembro en todo momento cuando este lo solicite, para garantizar que la defensa sea lo más eficaz posible; d) la Comisión y el Estado miembro afectado prepararán la defensa en estrecha cooperación; e) la delegación de la Unión en el procedimiento estará formada por la Comisión y los representantes del Estado miembro afectado, salvo que dicho Estado miembro informe a la Comisión de que no tiene intención de formar parte de la delegación de la Unión en el procedimiento (art. 11).

vi) *Aceptación de la posible responsabilidad financiera por el Estado miembro afectado cuando la Unión sea la parte demandada.* Sin perjuicio del resultado del procedimiento de arbitraje, un Estado miembro debe poder aceptar en cualquier momento ser responsable financieramente en caso de que se haya de pagar una indemnización. En tal caso, el Estado miembro y la Comisión deben poder concertar acuerdos sobre el pago periódico de los costes y el pago de cualquier indemnización. Dicha aceptación no implica que el Estado miembro reconozca que la reclamación objeto del litigio está bien fundada. La Comisión ha de poder adoptar en tal caso una decisión para exigir al Estado miembro que haga provisión de dichos costes. En caso de que el Tribunal falle a favor de la Unión con respecto a los costes derivados del arbitraje, la Comisión debe garantizar que se reembolse inmediatamente al Estado miembro afectado cualquier pago adelantado por él. Cuando la Unión actúe como parte demandada en un litigio en el que un Estado miembro pudiera tener que asumir total o parcialmente la posible responsabilidad financiera, el Estado miembro afectado podrá, en cualquier momento, aceptar cualquier posible responsabilidad financiera derivada del arbitraje. A tal efecto, el Estado miembro afectado y la Comisión podrán concertar acuerdos relativos, entre otras cosas, a: a) los mecanismos para el pago periódico de los costes derivados del arbitraje; b) los mecanismos para el pago de la indemnización fijada por cualquier laudo dictado contra la Unión (art. 12).

vii) *Acuerdos transnacionales.* En algunos casos, puede ser apropiado alcanzar un acuerdo transaccional para

evitar un arbitraje costoso e innecesario. Es preciso establecer un procedimiento para elaborar dichos acuerdos transaccionales. Dicho procedimiento debe permitir que la Comisión, actuando con arreglo al procedimiento de examen, solucione un caso en el que concurra la responsabilidad financiera de la Unión mediante un acuerdo transaccional cuando ello redunde en interés de la Unión. Cuando el caso también afecte al trato dispensado por un Estado miembro, conviene que la Unión solo pueda llegar a un acuerdo transaccional cuando este no tenga ninguna repercusión financiera ni presupuestaria para el Estado miembro de que se trate. En tales casos, es conveniente que haya una cooperación estrecha y consultas entre la Comisión y el Estado miembro afectado. El Estado miembro debe mantener la libertad de resolver el caso mediante un acuerdo transaccional en cualquier momento, siempre que acepte la plena responsabilidad financiera y que el acuerdo transaccional sea compatible con el Derecho de la Unión. Si la Comisión considera que un acuerdo transaccional en un litigio relacionado con un trato dispensado exclusivamente por la Unión redundaría en interés de la Unión, podrá adoptar un acto de ejecución para aprobar dicho acuerdo. Si un acuerdo transaccional pudiese implicar medidas distintas del pago de un importe pecuniario, se aplicarán los procedimientos pertinentes para la ejecución de dichas medidas (art. 13).

viii) *Pago de laudos definitivos o acuerdos transaccionales.* Cuando se dicte un laudo contra la Unión, la indemnización fijada en dicho laudo debe pagarse sin demora. La Comisión debe adoptar disposiciones para el pago de la indemnización fijada en dichos laudos, a menos que un Estado miembro haya aceptado ya la responsabilidad financiera. Un demandante que haya obtenido un laudo definitivo favorable con arreglo a un acuerdo, podrá presentar a la Comisión una solicitud de pago de la indemnización fijada por dicho laudo. La Comisión pagará el importe fijado por cualquier laudo de ese tipo, salvo cuando el Estado miembro afectado haya aceptado la responsabilidad financiera en cuyo caso dicho Estado miembro pagará la indemnización fijada por el laudo. Cuando la Unión actúe como parte demandada con arreglo al art. 9, y la Comisión considere que el Estado miembro afectado debe pagar, total o parcialmente, el importe previsto en el laudo o el acuerdo transaccional o los costes derivados del arbitraje en cuestión, se aplicará el procedimiento establecido en los arts. 2 a 5 del presente artículo. Cuando la Unión actúe como parte demandada con arreglo al art. 9, y la Comisión considere que el Estado miembro afectado debe pagar, total o parcialmente, con arreglo a los criterios establecidos en el art. 3.1, el importe previsto en el laudo o el acuerdo transaccional o los costes derivados del arbitraje en cuestión, se aplicará el procedimiento establecido en los arts. 2 a 5 del presente artículo. El reembolso o el pago de un Estado miembro al presupuesto de la Unión para pagar el importe previs-

to en un laudo o un acuerdo transaccional, o cualquier coste derivado del arbitraje. Podrán utilizarse para cubrir gastos derivados de acuerdos concluidos con arreglo al art. 218 TFUE que prevean la resolución de litigios entre inversores y Estados o para reponer importes previstos inicialmente para cubrir el pago del importe previsto en un laudo o un acuerdo transaccional, o los costes derivados del arbitraje.



Cuando se dicte un laudo contra la Unión, la indemnización fijada en dicho laudo debe pagarse sin demora

ix) *Repercusiones presupuestarias*. El presupuesto de la Unión debe cubrir los costes derivados de acuerdos que contengan disposiciones sobre inversión extranjera directa en las que la Unión es parte y que prevean la resolución de litigios entre inversores y Estados. Cuando los Estados miembros tengan responsabilidad financiera con arreglo al presente Reglamento, la Unión debe ser capaz bien de recoger las contribuciones del Estado miembro afectado antes de ejecutar los gastos pertinentes, bien de ejecutar primero los gastos, y obtener después el reembolso del Estado miembro afectado. Ha de ser posible utilizar ambos mecanismos presupuestarios en función de las posibilidades, según lo que sea viable, en particular en términos de calendario. Para ambos mecanismos, las contribuciones o reembolsos pagados por los Estados miembros deben tratarse como ingresos internos imputados del presupuesto de la Unión. Los créditos derivados de esos ingresos internos imputados no solo han de cubrir los gastos pertinentes, sino que también han de poder destinarse a reponer otras partes del presupuesto de la Unión que facilitaron los créditos iniciales para ejecutar los gastos pertinentes con arreglo al segundo mecanismo.

VI. BIBLIOGRAFÍA

BUNGENBERG, M., «Going Global? The Common Commercial Policy after Lisbon», *European Yearbook of International Economic Law*, 2010, págs. 123-151.

BUNGENBERG, M., «The Division of Competences Between the EU and Its Members States in the Area of Investment Politics», *Eur. Yearb. Int'l Econ. L.*, vol. XII, 2011, págs. 29-42;

BUNGENBERG, M., «The Politics of the European Union's Investment Treaty-Making», en T. Broude, M. L. Busch y A. Porges (eds.), *The Politics of International Economic Law*, Cambridge, University Press, 2011, págs. 133 y ss.

BURGSTALLER, M., «Vertical Allocation of Competences for Investment Treaties in the European Union», en J. Nakagawa (ed.), *Multilateralism and Regionalism in Global Economic Governance - Trade, Investment and Finance*, Abingdon, Routledge, 2011, págs. 125-138.

BURGSTALLER, M., «European Law and Investment Treaties», *J. Int'l Arb.*, vol. 26, 2009, págs. 181-216.

BURGSTALLER, M., «The Future of Bilateral Investment Treaties of EU Member States», *Eur. Yearb. Int'l Econ. L.*, vol. XII, 2011, págs. 55-78.

CANTOR, J., «The New Draft Model U.S. BIT. Noteworthy Developments», *J. Int'l Arb.*, vol. 21, núm. 4, 2004, págs. 383-395.

CEYSSENS, J., «Towards a Common Foreign Investment Policy? Foreign Investment in the European Constitution», *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 32, 2005, págs. 259-291.

CREMADES, B., «Arbitraje internacional: del arbitraje comercial internacional al arbitraje de protección de inversiones», *Estudios de arbitraje. Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, Santiago de Chile, 2006, págs. 545-552.

DÍEZ-HOCHLEINER RODRÍGUEZ, J., «El incierto futuro de los acuerdos bilaterales sobre protección de inversiones celebrados por los Estados Miembros de la Unión Europea», *Civitas. Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 33, 2010, págs. 5-43.

DIMOPOULOS, A., «Creating an EU Foreign Investment Policy: Challenges for the Future», *EU External Relations Law and Policy in the Post-Lisbon Era*, (Cardwell, ed.), La Haya, Springer, 2011, págs. 401-422;

DIMOPOULOS, A., «The Effects of the Lisbon Treaty on the Principles and Objectives of the Common Commercial Policy», *European Foreign Affairs Rev.*, vol. 15, 2010, págs. 153 y ss.

DIMOPOULOS, A., *EU Foreign Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

EGGER, P. y PFAFFERMAYR, M., «The Impact of Bilateral Investment Treaties on Foreign Direct Investment», *Journal of Comparative Economics*, vol. 32, núm. 4, 2004, págs. 788-804.

EILMANSBERGER, T., «Bilateral Investment Treaties and EU Law», *Common Market L. Rev.*, núm. 46, 2009, págs. 399 y ss.

FERNÁNDEZ PÉREZ, A., «Los contenciosos arbitrales contra España al amparo del Tratado sobre la Carta de la Energía y la necesaria defensa del Estado», *Arbitraje. Re-*

vista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, vol. VII, núm. 2, 2014, págs. 369-397.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., «El Reglamento Bruselas I revisado y el arbitraje: crónica de un desencuentro», *La Ley: Unión Europea*, núm. 9, noviembre 2013, págs. 5-23.

GRIEBEL, J., «The New Great Challenge After the Entry Into Force of the Treaty of Lisbon: Bringing About a Multilateral EU-Investment Treaty», *Eur. Yearb. Int'l Econ. L.*, vol. XII, 2011, págs. 139-141.

HINDELANG, S. y MAYDELL, N., «The EU's Common Investment Policy - Connecting the Dots», *Eur. Yearb. Int'l Econ. L.*, vol. XII, 2011, págs. 1-28; BRAUN, T. R., «For a Complementary European Investment Protection», *Eur. Yearb. Int'l Econ. L.*, vol. XII, 2011, págs. 95-104.

IRURETAGOiena AGIRREZABALAGA, I., «El arbitraje de inversión en el marco de los APPRI celebrados entre dos Estados miembros de la Unión: los APPRI intra-UE y el Derecho de la Unión (Eureko B.V. c. República de Eslovaquia, Corte Permanente de Arbitraje, Caso Núm. 2008-13)», *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. IV, núm. 3, 2011, págs. 769-780.

IRURETAGOiena AGIRREZABALAGA, I., *El arbitraje en los litigios de expropiación de inversiones extranjeras*, Madrid, Bosch, 2010.

KLEINHEISTERKAMP, J., «European Policy Space in International Investment Law», *ICSID Review*, vol. 27, núm. 2, 2012, págs. 416-431.

KLEINHEISTERKAMP, J., «Financial Responsibility in European International Investment Policy», *Int'l Comp. L. Q.*, vol. 63, núm. 2, 2014, págs. 449-476

KLEINHEISTERKAMP, J., «Investment Protection and EU Law: The Intra-and Extra-EU Dimension of the Energy Charter Treaty», *J. Int'l Econ. L.*, vol. 15, núm. 1, 2012, págs. 85-109.

KLEINHEISTERKAMP, J., «Is there a Need for Investor-State Arbitration in the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)?», LSE Department of Law (2014) <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2410188>.

KLEINHEISTERKAMP, J., «The Next 10 Year ECT Investment Arbitration: A Vision for the Future - From a European Law Perspective», *Report for the SCC / ECT / ICSID Conference on «10 Years of Energy Charter Treaty Arbitration» 9-10 June 2011*, pág. 16. <http://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/WPS2011-07_Kleinheisterkamp.pdf>.

KONOVOV, O., «International Investment Law: Is it Time to Change the Traditional BIT System?», *Czech Yearb. Int'l L.*, 2011, págs. 123-139.

KRAJEWSKI, M., «The Reform of the Common Commercial Policy», *EU Law After Lisbon*, Oxford University Press, New York, 2012, págs. 292-311.

LAVRANOS, N., «European Court of Justice-infringement of Article 307-Failure of Member States to Adopt Appropriate Measures to Eliminate Incompatibilities between the Treaty Establishing the European Community and Bilateral Investment Treaties Entered into with Third Countries Prior to Accession to the European Union», *Am. J. Int'l L.*, vol. 103, 2009, págs. 716-722.

LEGUM, B., «Investment Treaty Arbitration's Contribution to International Commercial Arbitration», *Disp. Res. J.*, vol. 60, núm. 3, 2005.

LÉVESQUE, C., «The Challenges of "Marrying" Investment Liberalisation and Protection in the Canada-EU CETA», en M. Bungenberg, A. Reinisch and Ch. Tietje (eds.), *EU and Investment Agreements. Open Questions and Remaining Challenge*, Oxford, Hart Publishing, 2013, págs. 121-146.

MARKERT, L., «The Crucial Question of Future Investment Treaties: Balancing Investors, Rights and Regulatory Interests of Host States», *Eur. Yearb. Int'l Econ. L.*, vol. XII, 2011, págs. 145 y ss.

MAYDELL, N., «The European Community's Minimum Platform on Investment or the Trojan Horse of Investment Competence», en A. Reinisch y C. Knahr (eds.), *International Investment Law in Context*, Utrecht, Eleven International Publishing, 2008, págs. 73-92.

MORENO, L. O. y PÉREZ IBÁÑEZ, C., «La nueva política de la Unión Europea de protección de inversiones», *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. VII, núm. 1, 2014, págs. 35-60.

MOURA VICENTE, D., «El arbitraje de inversiones y las nuevas competencias de la Unión Europea conforme al art. 207 TFUE», *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. V, núm. 3, 2012, págs. 759-766.

NISSER, C. y LANKE, B., «Reflections on the Role of the European Commission as *Amicus Curiae* in International Arbitration Proceedings», *Eur. Competition L. Rev.*, vol. 27, 2006, págs. 174-183.

PANTALEO, L., «Member States Prior Agreement and Newly EU Attributed Competence: What Lesson from Foreign Investment», *European Foreign Affairs Rev.*, vol. 19, núm. 2, 2014, págs. 307-324.

PASCUAL VIVES, F. J., «El subsistema regional comunitario ante el régimen internacional de protección de las inversiones extranjeras», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 36, 2010, págs. 467-495

PASTOR PALOMAR, A., «La aplicación práctica del Reglamento (UE) núm. 1219/2012 sobre los Acuerdos bilaterales de inversión entre estados miembros y terceros países», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 31, 2013.

POTESTÀ, M., «Bilateral Investment Treaties and the European Union. Recent Developments in Arbitration and Before the ECJ», *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 8, núm. 2, 2009, págs. 225-245.

POULAIN, B., «Quelques interrogations sur le statut des traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements au sein de l'Union européenne», *Rev. gen. dr. int. publ.*, vol. 111, núm. 4, 2007, núm. 4, págs. 803 y ss.

RADU, A., «Foreign Investors in the EU: Which Best Treatment? Interactions between Bilateral Investment Treaties and EU Law», *Eur. L. J.*, vol. 14, núm. 2, 2008, págs. 237-260.

REINISCH, A., «The Division of Powers Between the EU and Its Member States "After Lisbon"», *Eur. Yearb. Int'l Econ. L.*, vol. XII, 2011, págs. 43-54.

REINISCH, A., «The Division of Powers Between the EU and Its Member States "After Lisbon"», *International Investment Law and EU Law*, (eds. M. Bungenberg et al.), Berlin-Heidelberg, Springer, 2011, págs. 43-54.

SALACUSE, J. W. y SULLIVAN, N. P., «Do Bit's Really Work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain?», *Harv. Int'l L. J.*, vol. 46, 2005, págs. 67-130.

SCHILL, S., «Arbitration Procedure: The Role of the European Union and the Member States in Investor-State Arbitration», C. Kessedjian (dir.), *Le droit européen et l'arbitrage d'investissement*, Paris, Editions Pantheon-Assays, 2011, págs. 129 y ss.

SCHILL, S. W., «The Relation of the European Union and Its Member States in Investor-State Arbitration», en L. E. Trakman y N. W. Ranieri, *International Investment Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2013, págs. 374-399.

SELLARÉS SERRA, J., «La Comisión Europea contra el arbitraje como protección de inversiones», *Blog de la Revista Catalana de Dret public*, 1 de Julio de 2014 < <http://blocs.gencat.cat/blocs/AppPHP/eapc-rcdp/2014/07/01/la-comision-europea-contra-el-arbitraje-como-proteccion-de-inversiones-jordi-sellares-serra/>>.

SÖDERLUND, Ch., «Intra-EU BIT Investment Protection and the EC Treaty», *J. Int'l Arb.*, vol. 24, 2007, págs. 455-468.

TERHECHTE, J. Ph., «Art. 351 TFEU, the Principle of Loyalty and the Future Role of the Member States, Bilateral Investment Treaties», *Eur. Yearb. Int'l Econ. L.*, vol. XII, 2011, págs. 79-94.

TORRENT, R., «La política de inversión internacional de la UE: Hardware sin software», *Investment Treaty News* (Boletín trimestral sobre el Derecho y la política de inversiones desde una perspectiva del desarrollo sostenible), t. I, 2010, pág. 6.

VANDEVELDE, K. J., *United States Investments Treaties: Policy and Practice*, Boston, 2002

WEHLAND, H., «Intra-EU Investment Agreements and Arbitration: Is European Community Law an Obstacle», *Int'l Comp. L. Q.*, vol. 58, 2009, págs. 297-320.

NOTAS

- (1) Vid. nuestras consideraciones en «El Reglamento Bruselas I revisado y el arbitraje: crónica de un desencuentro», *La Ley: Unión Europea*, núm. 9, noviembre 2013, págs. 5-23.
- (2) N. Maydell, «The European Community's Minimum Platform on Investment or the Trojan Horse of Investment Competence», en A. Reinisch y C. Knahr (eds.), *International Investment Law in Context*, Utrecht, Eleven International Publishing, 2008, págs. 73-92.
- (3) Vid., inter alia, S. Hindelang y N. Maydell. «The EU's Common Investment Policy - Connecting the Dots», *Eur. Yearb. Int'l Econ. L.*, vol. XII, 2011, págs. 1-28; T. R. Braun, «For a Complementary European Investment Protection», *Eur. Yearb. Int'l Econ. L.*, vol. XII, 2011, págs. 95-104; M. Burgstaller, «Vertical Allocation of Competences for Investment Treaties in the European Union», en J. Nakagawa (ed.), *Multilateralism and Regionalism in Global Economic Governance - Trade, Investment and Finance*, Abingdon, Routledge, 2011, págs. 125-138; M. Bungenberg, «The Politics of the European Union's Investment Treaty-Making», en T. Broude, M. L. Busch y A. Porges (eds.), *The Politics of International Economic Law*, Cambridge, University Press, 2011, págs. 133 y ss.

- (4) El panorama es terrorífico sentencia J. Sellarés Serra en su nota «La Comisión Europea contra el arbitraje como protección de inversiones», *Blog de la Revista Catalana de Dret public*, 1 julio 2014 < <http://blocs.gencat.cat/blocs/AppPHP/eapc-rcdp/2014/07/01/la-comision-europea-contra-el-arbitraje-como-proteccion-de-inversiones-jordi-sellares-serra/>>.

- (5) Regl. (UE) núm. 912/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 2014 por el que se establece un marco para gestionar la responsabilidad financiera relacionada con los tribunales de resolución de litigios entre inversores y Estados establecidos por acuerdos internacionales en los que la Unión Europea sea parte, DO L 257 de 28 de agosto de 2014.
- (6) La Comisión parece tener la intención de hacer valer sus amplios poderes en el ámbito de la inversión como una cuestión de principio y paulatinamente esta vocación abarca, además de las disposiciones de acceso al mercado, todas las normas tradicionales de protección de la inversión, incluyendo los ISDS. Por el contrario la posición del Consejo, al reflejar los diversos intereses de los Estados miembros, ofrece un mercado particularismo entre aquellos Estados que prefieren mantener el statu quo y por tanto su responsabilidad exclusiva para la celebración de tratados de protección de inversiones a los que están plenamente conformes con los cambios competenciales derivados del TFUE. Por último, frente a la reclamación de poderes de la Comisión parece estar desarrollando su propia posición acerca del contenido de los futuros acuerdos de inversión en cierto modo reacia a la tradicional protección de los inversores contenida en muchos APPRI suscritos por los Estados Miembros.
- (7) Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Hacia una política global europea en materia de inversión internacional», COM/2010/0343 final: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/;ELX_SESSIONID=x8GtJJ_kp0FFXMrf1vMV6zZ12C1tw52RhOG3KdHhT1GqjxWyZ3kQk!863574952?uri=CELEX:52010DC0343>. Este documento analizó la importancia que tiene la IED para la economía europea y examinó las posibilidades de una política europea de inversiones en la consecución de los objetivos de la estrategia Europa 2020. También insistió en la necesidad de avanzar en la protección de las inversiones, siendo necesario que la UE estudiase los APPRI más desarrollados y completos para asegurarse de que ningún inversor europeo se encuentre en peor situación de la que estaría bajo protección de un APPRI de algún EM.
- (8) Esta expresión que figuraba en el capítulo relativo a los movimientos de capital y pagos del Tratado CE y ahora se contempla en los arts. 63 a 66 TFUE.
- (9) M. Bungenberg, «Going Global? The Common Commercial Policy after Lisbon», *European Yearbook of International Economic Law*, 2010, págs. 123-151; A Dimopoulos, «The Effects of the Lisbon Treaty on the Principles and Objectives of the Common Commercial Policy», *European Foreign Affairs Rev.*, vol. 15, 2010, págs. 153 y ss.
- (10) M. Bungenberg, «The Politics of the European Union's Investment Treaty-Making», loc. cit., págs. 133 y ss.
- (11) M. Burgstaller, «European Law and Investment Treaties», *J. Int'l Arb.*, vol. 26, 2009, págs. 181-216.
- (12) M. Bungenberg, «The Division of Competences Between the EU and Its Member States in the Area of Investment Politics», *Eur. Yearb. Int'l Econ. L.*, vol. XII, 2011, págs. 29-42. Resulta también de interés desde la perspectiva del non nato Tratado constitucional europeo el estudio de, J. Ceyssens, «Towards a Common Foreign Investment Policy? Foreign Investment in the European Constitution», *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 32, 2005, págs. 259-291.
- (13) A. Reinisch, «The Division of Powers Between the EU and Its Member States «After Lisbon»», *Eur. Yearb. Int'l Econ. L.*, vol. XII, 2011, págs. 43-54.
- (14) Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Hacia una política global europea...», cit.
- (15) A Dimopoulos, «Creating an EU Foreign Investment Policy: Challenges for the Future», *EU External Relations Law and Policy in the Post-Lisbon Era* (Cardwell, ed.), La Haya, Springer, 2011, págs. 401-422; id., *EU Foreign Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- (16) J. Kleinheisterkamp, «The Next 10 Year ECT Investment Arbitration: A Vision for the Future - From a European Law Perspective» Report for the SCC / ECT / ICSID Conference on «10 Years of Energy Charter Treaty Arbitration» 9-10 June 2011, pág. 16. <http://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/WPS2011-07_Kleinheisterkamp.pdf>.
- (17) Vid. supra, núm. 7.
- (18) Vid. M. Bungenberg, «Going Global? The EU Common Commercial Policy After Lisbon», *Eur. Yearb. Int'l Econ. L.*, 2010, págs. 123-151; A. Reinisch, «The Division of Powers Between the EU and Its Member States «After Lisbon»», *International Investment Law and EU Law* (eds. M. Bungenberg et al), Berlin-Heidelberg, Springer, 2011, págs. 43-54.
- (19) Debe recordarse, sin embargo, que el TJ había puesto de relieve que la competencia de la Unión en materia de política comercial común incluía obligaciones aplicables después de la entrada (es decir, después de que un bien haya sido importado o de que el suministrador de un servicio se haya establecido), incluso cuando los Estados miembros conservan la posibilidad de adoptar normas internas (Dictamen 1/1994, de 15 noviembre 1994: Competencia de la Comunidad para celebrar los Acuerdos resultantes de la Ronda Uruguay del GATT).
- (20) M. Krajewski, «The Reform of the Common Commercial Policy». *EU Law After Lisbon*, Oxford University Press, New York, 2012, págs. 292-311. Recuérdese que el TJ declaró por primera vez que la competencia de la Comunidad para celebrar Acuerdos internacionales «no resulta únicamente de una atribución explícita realizada por el Tratado (como la que existe en los arts. 113 y 114 para los acuerdos arancelarios y comerciales, y en el art. 228 para los acuerdos de asociación (sino que puede derivarse también de otras disposiciones del Tratado y de actos adoptados, en el marco de dichas disposiciones, por las Instituciones de la Comunidad» (STJ 31 marzo 1971, as. 22/1970: Comisión/Consejo («AETR»), ap. 16). La idea subyacente a esta jurisprudencia es que los Acuerdos internacionales, en este caso en materia de transportes, no estaban dentro del ámbito del art. 113. Vid. infra, nota 51.
- (21) J. Kleinheisterkamp, «European Policy Space in International Investment Law», *ICSID Review*, vol. 27, núm. 2, 2012, págs. 416-431.

- (22) Como es bien sabido desde 1997, los Miembros de la OMC se han venido ocupando de analizar y debatir la relación que existe entre el comercio y las inversiones internacionales y el modo en que ésta incide en el crecimiento económico y el desarrollo ya cuestión relativa al comercio y las inversiones ha sido uno de los cuatro «temas de Singapur» de 1996.
- (23) S. W. Schill, «The Relation of the European Union and Its Member States in Investor-State Arbitration», en L. E. Trakman y N. W. Ranieri, *International Investment Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2013, págs. 374-399, esp. pág. 380.
- (24) Alemania fue el primer país del mundo que celebró un acuerdo de este tipo con y la República Islámica de Pakistán en 1959. Irlanda es el único Estado miembro de la UE que no ha celebrado ningún APPRI con terceros países.
- (25) K. J. Vandevelde, *United States Investments Treaties: Policy and Practice*, Boston, 2002, pág. 22. Acerca de la moderna estructura de estos acuerdos Vid. M. Cantor, «The New Draft Model U.S. BIT. Noteworthy Developments», *J. Int'l Arb.*, vol. 21, núm. 4, 2004, págs. 383-395.
- (26) P. Egger y M. Pfaffermayr, «The Impact of Bilateral Investment Treaties on Foreign Direct Investment», *Journal of Comparative Economics*, vol. 32, núm. 4, 2004, págs. 788-804.
- (27) O. Kononov, «International Investment Law: Is it Time to Change the Traditional BIT System?», *Czech Yearb. Int'l L.*, 2011, págs. 123-139.
- (28) J. W. Salacuse y N. P. Sullivan, «Do Bit's Really Work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain?», *Harv. Int'l L.J.*, vol. 46, 2005, págs. 67-130.
- (29) Puesto que la Uncitral no cuenta con personal para supervisar los casos, no está prevista en absoluto la eventual anulación de las decisiones del Tribunal, a diferencia de lo que ocurre en el CIADI.
- (30) Vid. B. Legum, «Investment Treaty Arbitration's Contribution to International Commercial Arbitration», *Disp. Res. J.*, vol. 60, núm. 3, 2005; B. Cremades, «Arbitraje internacional: del arbitraje comercial internacional al arbitraje de protección de inversiones», *Estudios de arbitraje. Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, Santiago de Chile, 2006, págs. 545-552.
- (31) *Gas Natural SDG, S.A. v. The Argentine Republic*, CIADI Caso No.ARB/03/2010, núm. 29. <<http://www.italaw.com/cases/476>>.
- (32) I. Iruretagoiena Agirrezabalaga, *El arbitraje en los litigios de expropiación de inversiones extranjeras*, Madrid, Bosch, 2010.
- (33) A. Fernández Pérez, «Los contenciosos arbitrales contra España al amparo del Tratado sobre la Carta de la Energía y la necesaria defensa del Estado», *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. VII, núm. 2, 2014, págs. 369-397.
- (34) La distribución es, sin embargo, irregular. Si bien Alemania tiene convenios con 120 terceros países, mientras que Irlanda no tiene ninguno. De los Estados miembros anteriores a la ampliación de 2004, sólo Grecia y Dinamarca tienen menos de 50 CBI, mientras que, entre los Estados miembros más recientes, sólo la República Checa y Rumania tienen 60 o más.
- (35) Referido sobre todo a las previsiones del recurso al arbitraje de inversiones, que como ya he dicho, siendo un aspecto fundamental en la regulación de la protección extranjera, no cuenta con una figura similar dentro del Derecho comunitario.
- (36) En 2002 la Comisión Europea identificó una serie de incompatibilidades en los APPRIs suscritos por ocho Estados candidatos a incorporarse a la UE con los EE. UU., *Understanding Concerning Certain U.S. Bilateral Investment Agreement*. En dicho documento EE. UU. y los ocho Estados europeos se comprometían a introducir diversas enmiendas en sus acuerdos bilaterales con la finalidad de exceptuar ciertos supuestos de las obligaciones contempladas en ellos (trato nacional, trato de la nación más favorecida, etc.) proponiendo soluciones para su acople de conformidad con la normativa de la UE. Pero el riesgo de conflictos seguía estando presente. Para evitar estos riesgos se consideró menester garantizar la necesaria coherencia entre los diferentes compromisos y prácticas de los Estados miembros y la coordinación a escala de la Unión. Vid. A. Radu, «Foreign Investors in the EU: Which Best Treatment? Interactions between Bilateral Investment Treaties and EU Law», *Eur. L. J.*, vol. 14, núm. 2, 2008, págs. 237-260; J. Díez-Hochleiner Rodríguez, «El incierto futuro de los acuerdos bilaterales sobre protección de inversiones celebrados por los Estados Miembros de la Unión Europea», *Civitas. Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 33, 2010, págs. 5-43.
- (37) J. Ph. Terhechte, «Art. 351 TFEU, the Principle of Loyalty and the Future Role of the Member States» *Bilateral Investment Treaties*, *Eur. Yearb. Int'l Econ. L.*, vol. XII, 2011, págs. 79-94. Recuérdese que el TJ afirmó la prevalencia del Derecho comunitario con referencia al antiguo art. 307 TUE (STJCE 27 septiembre 1988, asunto 235/1987:Matteucci).
- (38) Art.59: «(1) Se considerará que un tratado ha terminado si todas las partes en él celebran ulteriormente un tratado sobre la misma materia y (a) se desprende del tratado posterior o consta de otro modo que ha sido intención de las partes que la materia se rija por ese tratado; o (b) las disposiciones del tratado posterior son hasta tal punto incompatibles con las del tratado anterior que los dos tratados no pueden aplicarse simultáneamente».
- (39) Vid. N. Lavranos, «European Court of Justice-infringement of Article 307-Failure of Member States to Adopt Appropriate Measures to Eliminate Incompatibilities between the Treaty Establishing the European Community and Bilateral Investment Treaties Entered into with Third Countries Prior to Accession to the European Union», *Am. J. Int'l L.*, vol. 103, 2009, págs. 716-722; J. F. Pascual Vives, «El subsistema regional comunitario ante el régimen internacional de protección de las inversiones extranjeras», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 36, 2010, págs. 467-495.
- (40) El precepto (antiguo art. 234) disponía que «En la medida en que tales convenios sean incompatibles con el presente Tratado, el Estado o los Estados miembros de que se trate recurrirán a todos los medios apropiados para eli-

minar las incompatibilidades que se hayan observado. En caso necesario, los Estados miembros se prestarán ayuda mutua para lograr tal finalidad y adoptarán, en su caso, una postura común».

- (41) Ch. Söderlund, «Intra-EU BIT Investment Protection and the EC Treaty», *J. Int'l Arb.*, vol. 24, 2007, págs. 455-468.
- (42) Esto no ocurre con la Carta Europea de la Energía, que si bien se prevé el arbitraje Estado-inversor, no existe distinción entre inversores, ya que son parte todos los Estados de la UE.
- (43) Caso CCE núm. 88/2004, Laudo parcial 27 marzo 2007 <<http://italaw.com/cases/368>>.
- (44) <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0309.pdf>,
- (45) I. Iruretagoiena Agirrezabalaga, «El arbitraje de inversión en el marco de los APPRI celebrados entre dos Estados miembros de la Unión: los APPRI intra-UE y el Derecho de la Unión (Eureko B.V. c. República de Eslovaquia, Corte Permanente de Arbitraje, Caso Núm. 2008-13)», *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. IV, núm. 3, 2011, págs. 769-780.
- (46) Vid. H. Wehland, «Intra-EU Investment Agreements and Arbitration: Is European Community Law an Obstacle», *Int'l Comp. L. Q.*, vol. 58, 2009, págs. 297-320; T. Eilmansberger, «Bilateral Investment Treaties and EU Law», *Common Market L. Rev.*, núm. 46, 2009, págs. 399 ss; J. Díez-Hochleitner, «El incierto futuro de los acuerdos bilaterales...», loc. cit., págs. 35-43; M. Potestà, «Bilateral Investment Treaties and the European Union. Recent Developments in Arbitration and Before the ECJ», *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 8, núm. 2, 2009, págs. 225-245.
- (47) Acerca de esta posibilidad en materia de Derecho de la competencia vid. C. Nissey y B. Lanke, «Reflections on the Role of the European Commission as Amicus Curiae in International Arbitration Proceedings», *Eur. Competition L. Rev.*, vol. 27, 2006, págs. 174-183.
- (48) Regl. (UE) núm. 1219/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, por el que se establecen disposiciones transitorias sobre los acuerdos bilaterales de inversión entre Estados miembros y terceros países (DO L 351 de 20.12.2012). Vid. L. Pantaleo, «Member States Prior Agreement and Newly EU Attributed Competence: What Lesson from Foreign Investment», *European Foreign Affairs Rev.*, vol. 19, núm. 2, 2014, págs. 307-324.
- (49) A. Pastor Palomar, «La aplicación práctica del Regl. (UE) núm. 1219/2012 sobre los Acuerdos bilaterales de inversión entre estados miembros y terceros países», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 31, 2013.
- (50) Como en los casos previstos por los arts. 9.3.º Regl. 1219/2012 en relación con la autorización necesaria para iniciar negociaciones para los acuerdos posteriores al 9 enero 2013 o por el art. 11.5 sobre la autorización necesaria para firmar los acuerdos antedichos.
- (51) En el Tratado de Maastricht de 1992 no pudo ampliar el alcance del art. 113 TCE relativo a la política comercial; más tarde fracasó en su intento de extender la «conexión con el comercio» a todos los fenómenos económicos e incluso al TJ a que reconociera que todos los acuerdos de la OMC se encontraban cubiertos por la competencia exclusiva de la CE, pues el órgano jurisdiccional en su Opinión 1/1994, rechazó el planteamiento de la Comisión y determinando que los Estados Miembro seguían teniendo competencia sobre muchos asuntos abarcados por los AGCS y ADPIC. Y aunque el Tratado de Niza, pudo extender significativamente el ámbito del art. 133 (antiguo art. 113) del TCE para incluir el «comercio de servicios»; sin embargo, tuvo que pagar un alto precio pues la redacción del nuevo precepto «se convirtió en un caos, imposible de interpretar y de aplicar» (cf. R. Torrent, «La política de inversión internacional de la UE: Hardware sin software», *Investment Treaty News* (Boletín trimestral sobre el Derecho y la política de inversiones desde una perspectiva del desarrollo sostenible), t. I, 2010, pág. 6.
- (52) M. Burgstaller, «The Future of Bilateral Investment Treaties of EU Member States», *Eur. Yearb. Int'l Econ. L.*, vol. XII, 2011, págs. 55-78; L. Markert, «The Crucial Question of Future Investment Treaties: Balancing Investors' Rights and Regulatory Interests of Host States», *Eur. Yearb. Int'l Econ. L.*, vol. XII, 2011, págs. 145 y ss.
- (53) Comisión Europea, *Investment Protection and Investor-to-State Dispute Settlement in EU agreements*, 2013 <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/november/tradoc_151916.pdf>.
- (54) Vid., v. gr., Regl. núm. 2407/1992 del Consejo, de 23 de julio de 1992 sobre la concesión de licencias a las compañías aéreas (DO L 240 de 24.8.1992) que, con carácter general, dispone que los Estados miembros sólo concederán licencias de explotación a las empresas cuya principal actividad sea el transporte aéreo y que tengan su domicilio social y desarrollen su actividad principal en dicho Estado miembro, y si la empresa es propiedad mayoritaria de nacionales comunitarios y está controlada efectivamente por nacionales comunitarios. Vid., asimismo, Decisión núm. 1718/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de noviembre de 2006 relativa a la aplicación de un programa de apoyo al sector audiovisual europeo (DO L 327 de 24.11.2006)
- (55) B. Poulain, «Quelques interrogations sur le statut des traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements au sein de l'Union européenne», *Rev. gen. dr. int. publ.*, vol. 111, núm. 4, 2007, núm. 4, págs. 803 y ss.
- (56) Cf. L. O. Moreno y C. Pérez Ibáñez, «La nueva política de la Unión Europea de protección de inversiones», *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. VII, núm. 1, 2014, págs. 35-60, esp. pág. 60.
- (57) Cf. D. Moura Vicente, «El arbitraje de inversiones y las nuevas competencias de la Unión Europea conforme al art. 207 TFUE», *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. V, núm. 3, 2012, págs. 759-766, esp. pág. 763.
- (58) Cf. Comisión Europea, *European Investment Agreements: Dispute Settlement and International Responsibility*, Bruselas, 2011.
- (59) D. Moura Vicente, «El arbitraje de inversiones y las nuevas competencias de la Unión Europea...», loc. cit., pág. 763.
- (60) En cualquier caso resulta a todas luces conveniente, como pusiera de relieve a UIBA, impulsar mecanismos de coor-

dinación entre los países pertenecientes a bloques económicos diversos que, «más allá de sentar las bases para la conformación de una cultura arbitral común, permitan compartir experiencias, propiciar una cierta unificación de las reglas y legislaciones existentes y promover cambios en los tratados internacionales de los que son partes, como es el caso del CIADI, así como adoptar posiciones y estrategias comunes en la celebración de nuevos acuerdos con terceros. Por lo que se refiere a esta última cuestión, no hemos de olvidar que, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la Unión Europea ha asumido competencia exclusiva en muchos de los aspectos contemplados en los APPRIs, lo que permite presumir que, a medio plazo, los celebrados con países de la Unión Europea habrán de ser revisados, sino sustituidos. Los objetivos señalados en este punto también podrían ser apoyados por la institución regional cuya creación hemos sugerido anteriormente» (cf. el documento elaborado Comisión de Seguimiento en materia de arbitraje en Iberoamérica, <http://www.uiba.org/index.php?option=com_content&view=article&id=67:comision-de-seguimiento-en-materia-de-arbitraje-en-iberoamerica&catid=44:corte-arbitraje&Itemid=67>).

- (61) J. Griebel, «The New Great Challenge After the Entry Into Force of the Treaty of Lisbon: Bringing About a Multilateral EU-Investment Treaty», *Eur. Yearb. Int'l Econ. L.*, vol. XII, 2011, págs. 139-141.
- (62) J. Kleinheisterkamp, «Investment Protection and EU Law: The Intra—and Extra-EU Dimension of the Energy Charter Treaty», *J. Int. Econ. L.*, vol. 15, núm. 1, 2012, págs. 85-109.
- (63) Debe tenerse en cuenta que el Reglamento Uncitral sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado, que entró en vigor el 1 de abril de 2014. Dicho instrumento, que incluye un conjunto de normas procesales que garantizan la transparencia y el acceso público a los arbitrajes entre inversionistas y Estados entablados en el marco de un tratado, se aplicará a a) las controversias nacidas de tratados celebrados antes del 1 de abril de 2014, si las partes en el tratado pertinente, o las partes litigantes, convienen en aplicarlo; b) las controversias nacidas de tratados celebrados a partir del 1 de abril de 2014 cuando se estable un procedimiento arbitral entre un inversionista y un Estado conforme al Reglamento de Arbitraje Uncitral, a menos que las partes acuerden otra cosa.
- (64) Debe reconocerse que la UE desempeñó un papel clave en la elaboración de estas nuevas normas de transparencia en el Grupo de Trabajo responsable de la Uncitral y que será el patrocinador principal del repositorio, el sistema por el cual los documentos se ponen a disposición del público en Internet.
- (65) C. Lévesque, «The Challenges of «Marrying» Investment Liberalisation and Protection in the Canada-EU CETA», en M. Bungenberg, A. Reinisch and Ch. Tietje (eds.), *EU and Investment Agreements. Open Questions and Remaining Challenge*, Oxford, Hart Publishing, 2013, págs. 121-146.
- (66) <<http://ec.europa.eu/yourvoice/ipm/forms/dispatch?form=ISDS>>. Según el Comisario europeo de comercio Karel de Gucht, «... because what we will be putting

forward in these talks is a new and improved system of ISDS which we believe will address existing loopholes, prevent abuse and improve transparency in the system. We aim to establish a more accountable and predictable system that respects the right to regulate and pursue public policy objectives. To be perfectly clear, I fully agree with the many critics who claim that ISDS up until now has resulted in some very worrying examples of litigation against the state—to give you the most cited example: the case of a tobacco company against Australia challenging Australian law which obliges tobacco companies to sell their products with plain packaging. But this case is still pending and we should not prejudice the outcome or jump to conclusions on what the final outcome will be» <http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-14-85_en.htm>.

- (67) Comisión Europea, Preguntas y respuestas: consulta en línea pública sobre la protección del inversor en TTIP, 27 marzo 2014. < http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-206_en.htm>.
- (68) Vid. el documento preparado por el Minister for Foreign Trade and Development Cooperation y por el Ministry of Foreign Affairs, de los Países Bajos y redactado por los profesores Ch. Tietje y F. Baeten y la firma Ecorys de Rotterdam (con la colaboración de T. Buatte y T. N. Valkanou), *The Impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership*, 24 de junio de 2014 (MINBUZA-2014.78850). Asimismo, vid. J. Kleinheisterkamp, «Is there a Need for Investor-State Arbitration in the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)?», *LSE Department of Law* (2014) <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2410188>.
- (69) Vid. S. Schill, «Arbitration Procedure: The Role of the European Union and the Member States in Investor-State Arbitration», C. Kessedjian (dir.), *Le droit européen et l'arbitrage d'investissement*, Paris, Editions Pantheon-Assays, 2011, págs. 129 y ss.
- (70) COM (2012) 335 final de 21 de junio de 2012. Proyecto de reglamento presentado por la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, que establece un marco para la gestión de la responsabilidad económica derivada de los mecanismos de resolución de controversias inversionista-Estado establecidos por acuerdos internacionales en que la Unión Europea sea parte.
- (71) J. Kleinheisterkamp, «Financial Responsibility in European International Investment Policy», *Int'l Comp. L. Q.*, vol. 63, núm. 2, 2014, págs. 449-476
- (72) Que remite al art. 4 Regl. (UE) no 182/2011, de 16 de febrero por el que se establecen las normas y los principios generales relativos a las modalidades de control por parte de los Estados miembros del ejercicio de las competencias de ejecución por la Comisión. De acuerdo con este precepto «Cuando se aplique el procedimiento consultivo, el comité emitirá su dictamen, procediendo, cuando sea necesario, a una votación. Si se procede a una votación, el dictamen se adoptará por mayoría simple de los miembros que lo componen. La Comisión decidirá sobre el proyecto de acto de ejecución que deberá adoptarse teniendo en cuenta en la mayor medida posible las conclusiones de los debates del comité y el dictamen emitido».